

# ESTUDIOS EN HOMENAJE

A DON JOSÉ EMILIO ROLANDO  
ORDÓÑEZ CIFUENTES

MA. CARMEN  
Macías Vázquez  
MARISOL  
Anglés Hernández  

---

Coordinadoras

UNIVERSIDAD NACIONAL  
AUTÓNOMA DE MÉXICO



ESTUDIOS EN HOMENAJE A DON JOSÉ EMILIO  
ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 681

---

Coordinadora editorial: Elvia Lucía Flores Ávalos  
Edición: Departamento de Publicaciones  
Formación en computadora: José Antonio Bautista Sánchez





# ESTUDIOS EN HOMENAJE A DON JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES

MA. CARMEN MACÍAS VÁZQUEZ  
MARISOL ANGLÉS HERNÁNDEZ  
*Coordinadoras*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
MÉXICO, 2013

Primera edición: 5 de diciembre de 2013

DR © 2013, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-5000-2

## CONTENIDO

|                                                                                                                                                                         |      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| Presentación .....                                                                                                                                                      | XI   |
| Ma. Carmen MACÍAS VÁZQUEZ                                                                                                                                               |      |
| Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ                                                                                                                                                |      |
| Semblanza.....                                                                                                                                                          | XVII |
| Carlos Salvador ORDÓÑEZ MAZARIEGOS                                                                                                                                      |      |
| El derecho de autodeterminación: un derecho humano de los pueblos indígenas .....                                                                                       | 1    |
| Claudia A. MENDOZA ANTÚNEZ                                                                                                                                              |      |
| Implementación de la consulta previa en Colombia y su debate actual. A propósito de los pueblos indígenas y tribales .....                                              | 25   |
| Xiomara L. ROMERO PÉREZ                                                                                                                                                 |      |
| Alejandro ROSAS MARTÍNEZ                                                                                                                                                |      |
| La garantía del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de pueblos y comunidades indígenas. Uno de los pendientes del Estado mexicano ..... | 47   |
| Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ                                                                                                                                                |      |
| Patricia BASURTO GÁLVEZ                                                                                                                                                 |      |
| Los pueblos indígenas y derechos lingüísticos en México .....                                                                                                           | 75   |
| Susana BAUTISTA CRUZ                                                                                                                                                    |      |
| Garantías sociales y reforma institucional .....                                                                                                                        | 105  |
| Diego VALADÉS                                                                                                                                                           |      |
| La protección a la identidad cultural de los pueblos indígenas en la Corte Interamericana a través de derechos individuales ejercidos colectivamente. ....              | 127  |
| Nayeli LIMA BÁEZ                                                                                                                                                        |      |



|                                                                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial en la UNESCO . . . . .                                                                           | 149 |
| Florence LÉZÉ                                                                                                                                              |     |
| La igualdad que todos queremos. Un análisis a partir de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. . . . .                                 | 185 |
| Miguel CARBONELL                                                                                                                                           |     |
| Comentarios a la legislación sobre los derechos humanos de las mujeres indígenas en México <i>vs.</i> usos y costumbres . . . . .                          | 205 |
| María de Montserrat PÉREZ CONTERAS                                                                                                                         |     |
| Los feminicidios en Guatemala y México. Una agenda pendiente de justicia a las mujeres . . . . .                                                           | 221 |
| María Teresa AMBROSIO MORALES                                                                                                                              |     |
| El concepto de región y la relación con los juzgados de paz y conciliación indígena. El caso de Chamula . . . . .                                          | 245 |
| Jacobo MÉRIDA CAÑAVERAL                                                                                                                                    |     |
| Indigenismo y función pública. El acceso de integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural a las funciones públicas . . . . .                      | 265 |
| Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ                                                                                                                                       |     |
| Rosa María MATÍAS ESTRADA                                                                                                                                  |     |
| Arturo MANJARREZ MOSQUEDA                                                                                                                                  |     |
| Una clasificación de los derechos de la justicia social . . . . .                                                                                          | 295 |
| Jorge CARPIZO                                                                                                                                              |     |
| Condiciones generales de trabajo de los jornaleros agrícolas migrantes y su extensión a sus hijos. A propósito de la explotación laboral infantil. . . . . | 349 |
| Ma. Carmen MACÍAS VÁZQUEZ                                                                                                                                  |     |
| El desarrollo rural y los pueblos indígenas en la era de la globalización . . . . .                                                                        | 379 |
| Miguel Ángel SÁMANO RENTERÍA                                                                                                                               |     |
| Minorías y globalización: problemas cognitivos en la sociedad del siglo XXI. . . . .                                                                       | 393 |
| Luis T. DÍAZ MÜLLER                                                                                                                                        |     |

|                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Conceptos mínimos sobre la soberanía . . . . .                                                                         | 411 |
| José BARRAGÁN BARRAGÁN                                                                                                 |     |
| Una revaloración de la Carta Magna de 1824 en la historia constitu-<br>cional mexicana. . . . .                        | 455 |
| Francisco José de ANDREA SÁNCHEZ                                                                                       |     |
| Marco regulatorio de la inversión extranjera directa en México . . .                                                   | 463 |
| Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA                                                                                     |     |
| Del sometimiento a las sublevaciones en Yucatán de 1550 a 1600 . .                                                     | 521 |
| José Isidro SAUCEDO GONZÁLEZ                                                                                           |     |
| Reflexiones en torno a algunos intertextos y paratextos derivados de<br>una lectura de Miguel Ángel Asturias . . . . . | 559 |
| Carlos PÉREZ VÁZQUEZ                                                                                                   |     |

### COMPILACIÓN DE ESTUDIOS SOBRE Kelsen Y LA TEORÍA Kelseniana

|                                                                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Introducción . . . . .                                                                                            | 571 |
| Gina CHÁVEZ VALLEJO                                                                                               |     |
| ¿Kelsen y el pluralismo jurídico? . . . . .                                                                       | 581 |
| Óscar CORREAS                                                                                                     |     |
| Kelsen: sobre socialismo y democracia “...El desarrollo inmanente<br>de la democracia...” . . . . .               | 593 |
| Jorge FUENTES MORÚA                                                                                               |     |
| Geometría y derecho: La pirámide kelseniana y el círculo en el dere-<br>cho de los pueblos de Abya Yala . . . . . | 609 |
| José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES                                                                             |     |
| Hans Kelsen y la sociología y antropología del derecho . . . . .                                                  | 633 |
| Antonio PEÑA JUMPA                                                                                                |     |
| Anexo. Red Latinoamericana de Antropología Jurídica . . . . .                                                     | 641 |



## PRESENTACIÓN

Yo no tuve a nadie, a nadie, que me enseñara el valor real de las cosas.

Los sistemas de enseñanza están calibrados para enseñarles a los jóvenes qué pensar, pero no cómo pensar.

George JACKSON, Soledad BROTHER  
(*The prison letters*)

La cuestión social, en sus diversas manifestaciones, fue uno de los motivos de estudio que apasionaron por siempre y hasta el último momento al doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, licenciado en ciencias jurídicas y sociales, abogado y notario por la Universidad de San Carlos de Guatemala; doctor en sociología por la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM, y certificado académico en derechos humanos por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Instituto Internacional de Derechos Humanos de Estrasburgo, quien falleció el 30 de noviembre de 2010 en su natal Guatemala, justo al concluir la XXI edición de las Jornadas Lascasianas en la ciudad de Livingston.

Muchos son los testimonios sobre la vida y obra de don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. La transmisión de palabra sobre ello y sus obras serán determinantes; no obstante, sus amigos y compañeros del Instituto de Investigaciones Jurídicas, su casa de trabajo, con la colaboración de académicos de otras instituciones, nos sumamos a la idea de participar en una obra en su homenaje, con lo cual se deja testimonio del aprecio a uno de los grandes académicos del Instituto, destacado por su alto compromiso por impulsar una antropología jurídica crítica de alcance latinoamericano.

Resaltar los méritos académicos de una persona nos habla solamente de una faceta de la vida; en el caso del doctor Ordóñez Cifuentes, asociado a su reconocimiento por su labor como investigador comprometido, está su gran don de ser humano, su integridad plena y su ecuanimidad y congruen-

cia entre su pensar y su quehacer; de ello somos testigos quienes tuvimos la fortuna de conocerlo e intercambiar ideas y trabajos.

En lo que respecta a las coordinadoras de esta obra, vale decir que fue a mediados de los años noventa cuando tuvimos el privilegio de conocerlo mientras desempeñábamos labores como técnicas académicas en la Biblioteca del Instituto. En una de esas suertes, llegó el doctor Ordóñez Cifuentes a solicitar una consulta bibliográfica. Lo hizo de manera personal, como era su costumbre, para interrelacionarse con todo el mundo, sin distingo alguno. A partir de entonces, compartimos el estudio de temas de derecho social de mutuo interés. En julio de 2002 tuvimos el honor de participar, en colaboración con la Universidad de San Carlos de Guatemala, en la revisión de los planes de estudio de la carrera de derecho, participando concretamente en lo concerniente al derecho agrario y ambiental. Esta experiencia siempre estará presente por lo académico y por la oportunidad de convivencia con nuestro querido maestro y con otros colegas. Fueron, por tanto, muchas las oportunidades en que planeamos estudiar y tratar las múltiples problemáticas jurídico-sociales que están marcado nuestro tiempo. Algunas las pudimos abordar; otras muchas más serán el reto para muchas generaciones.

El análisis jurídico de los pueblos y de las comunidades originarios y afrodescendientes, entre otros temas, llevó a don José Emilio Ordóñez Cifuentes a influir e incidir en su estudio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, e, incluso, su empeño y dedicación permitió que se creara la Maestría en Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena en el Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad San Carlos de Guatemala, acontecimiento importante que sirvió, sin duda, para impulsar esta noble labor en otras instituciones educativas.

Para dar cuenta de su entusiasmo y creatividad, debemos señalar que como parte de sus últimas actividades académicas creó el seminario itinerante internacional “La cuestión agraria: Tierras, Territorios, Medio ambiente, Recursos Naturales, Migrantes, Derechos Sociales y Colectivos de los Pueblos”, el cual pretendió contribuir al estudio de la cuestión agraria de manera interdisciplinaria y plural en sus manifestaciones actuales, sus propias peculiaridades y procesos de movimiento, así como desarrollar enfoques y metodologías para el estudio más eficaz de tales problemas. La iniciativa cristalizó en siete sesiones, realizadas durante el periodo 2009-2010. Fruto de estos esfuerzos, se integró la *Primera Memoria del Seminario itinerante internacional: La cuestión agraria: Tierras, Territorios, Medio Ambiente, Recursos Naturales, Migrantes, Derechos Sociales y Colectivos de los Pueblos*, obra publicada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Aunado a ello, la enseñanza y formación de especialistas, así como la asesoría de tesis en todos los niveles, constituyeron parte de sus incansables tareas académicas, pues consideraba como un objetivo principal de la Universidad la formación de profesionales con conciencia crítica y alto nivel de calificación, capaces de contribuir a la transformación social; esta visión le permitió rodearse siempre de alumnos ávidos de conocimientos en una de las áreas de estudio que demanda cada vez más atención jurídica. Su generosidad con colegas y estudiantes siempre estuvo presente, compartiendo y obsequiando materiales de estudio, así como haciendo donaciones de libros a diversas instituciones.

Sin duda, su esfuerzo y constancia han quedado plasmados en las Jornadas Lascasianas Internacionales, denominadas así en reconocimiento al pensamiento y la acción de Bartolomé de las Casas, por el doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, fundador y coordinador general de las mismas, desde 1990 hasta 2010. Desde su inicio, las Jornadas propusieron una profunda y fructífera discusión de la problemática asociada a los derechos de los pueblos originarios y afrodescendientes en un ámbito sociojurídico y desde una perspectiva interdisciplinaria, plural y crítica. A lo largo de más de dos décadas, las Jornadas se han enriquecido no solo con la participación de destacados científicos sociales y juristas, sino con la inclusión de intelectuales y líderes indígenas.

La presente obra se integra por una semblanza, veintiún estudios y una compilación de trabajos sobre la teoría kelseniana, con la colaboración de siete autores. *La semblanza* acerca del doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes está a cargo de Carlos Salvador Ordóñez Mazariegos, hijo de nuestro querido maestro, quien de manera sencilla nos relata la vida muy intensa y azarosa de un hombre de un enorme corazón, gran alma y espíritu, quien prácticamente dedicó su existencia a la defensa de las minorías, de las comunidades y de los pueblos indígenas y de las demás clases necesitadas. Destacan, dentro de las colaboraciones sobre el inagotable e insuficiente análisis del prismático mundo de los grupos indígenas, los derechos inherentes a estos colectivos: *El derecho de autodeterminación. Un derecho humano de los pueblos indígenas*, de Claudia A. Mendoza; *Implementación de la consulta previa en Colombia y su debate actual. A propósito de los pueblos indígenas y tribales*, de Xiomara L. Romero Pérez y Alejandro Rosas Martínez; *La garantía del derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de pueblos y comunidades indígenas. Uno de los pendientes del pueblo mexicano*, de Marisol Anglés Hernández y Patricia Basurto; *Los pueblos indígenas y derechos lingüísticos*, de Susana Bautista Cruz; *La lengua oficial y las lenguas nacionales en México y en derecho comparado*, de Diego Valadés; *La protección a la identidad cultural de los pueblos indígenas en la Cor-*

*te Interamericana a través de derechos individuales y ejercidos colectivamente*, de Nayeli Lima Báez. Complementa esta parte el estudio sobre *La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial de la UNESCO* de Florence Léze, que plantea la importancia de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Inmaterial de 2003 en la determinación de la conceptualización del patrimonio y diversidad cultural, con la finalidad de integrar elementos inmateriales como las lenguas y el saber-hacer.

Otro de los aspectos relevantes a considerar es el relativo a prevenir y eliminar la discriminación, porque su permanencia constituye un obstáculo al trato igualitario de todas las personas, tema que es abordado mediante los estudios: *La igualdad que todos queremos. Un análisis a partir de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, de Miguel Carbonell; *Comentarios a la legislación sobre derechos humanos de las mujeres indígenas en México vs. usos y costumbres*, de María de Montserrat Pérez Contreras. Se agrega a este bloque el tema de las mujeres asesinadas, que ha llegado a índices alarmantes en la República mexicana, principalmente en Chihuahua y el Estado de México, asunto que ha pasado a ser un tema común, lo que deja entrever que las mujeres, a pesar de contar con diversos ordenamientos de protección, aún no es un tema prioritario de la agenda pública nacional; en ese sentido, contribuye al tema un estudio comparado con Guatemala, en donde ocurre exactamente lo mismo, *Los femenicidios en Guatemala y México, una agenda pendiente de justicia a las mujeres*, de María Teresa Ambrosio Morales.

Con relación al pluralismo jurídico, cobra especial preocupación el acceso e impartición de justicia en las comunidades y pueblos originarios, sobre todo por esta dualidad imperante, por un lado, en lo interno, el respeto a los usos y costumbres de los grupos originarios y, por otro lado, en lo externo de las comunidades y pueblos, el acceso y la impartición de justicia occidentalizada, caracterizados por una falta de sensibilización para garantizar el acceso a la justicia en condiciones distintas, entre otras, se trata de culturas diversas, las cuales cuentan con su propia lengua, y muchas veces esto constituye un obstáculo para acceder a la justicia; aunado a ello, está la falta de preparación para impartir justicia, también involucra el desconocimiento de la lengua de los justiciables por parte del personal que conoce los asuntos. Colaboran en este segmento los análisis sobre *El concepto de región y la relación con los juzgados de paz y conciliación indígenas. El caso chamula*, de Jacobo Mérida Cañaveral y *El indigenismo y función pública. El acceso de integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural a las funciones públicas*, de Daniel Márquez, Rosa María Matías y Arturo Manjarrez. Resalta en este estudio la compilación de bibliohemerografía sobre los trabajos del doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, que se encuentra en la Biblioteca

“Jorge Carpizo” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, material importante para realizar cualquier análisis sobre sociología jurídica y derecho indígena.

El derecho social, como rector en la conceptualización de los grupos sociales perfectamente definidos y como antecedente del reconocimiento de los derechos indígenas (considerados derechos de la tercera generación), se hace presente en la diversidad de temas que se interrelacionan y apoyan esta obra; en ese sentido, se cuenta con una importante aportación sobre *Una clasificación de los derechos de la justicia social*, de Jorge Carpizo; también se halla el estudio *Condiciones generales de trabajo de los jornaleros migrantes y su extensión a sus hijos. A propósito de la explotación laboral infantil*, de Ma. Carmen Macías Vázquez, en la que se pone de manifiesto la violación sistemática de los derechos humanos laborales de los grupos indígenas que construyen la riqueza de las transnacionales agroindustrias del país a cambio de la salud y vida de los jornaleros y sus hijos.

El estudio de los grupos étnicos y minorías y su relación con la globalización constituyen temas relevantes de debate en nuestro tiempo; así, forman parte de la obra *El desarrollo rural y los pueblos indígenas en la era de la globalización*, de Miguel Ángel Sámano Rentería y *Minorías y globalización: problemas cognitivos en la sociedad del siglo XXI*, de Luis T. Díaz Müller.

Estudios sobre derecho constitucional, derecho mercantil, así como de historia y literarios se suman al esfuerzo para lograr este libro homenaje, entre los que encontramos: *Conceptos mínimos sobre la soberanía*, de José Barragán Barragán; *Una revaloración de la carta magna de 1824 en la historia constitucional mexicana*, de Francisco de Andrea Sánchez, estudio que nos recuerda la conmemoración de los 200 años de la Constitución de Cádiz; *Marco regulatorio de la regulación extranjera directa en México*, de Pedro Labariega; *Del sometimiento a las sublevaciones en Yucatán de 1550 a 1600*, de José Isidro Saucedo González, y *Reflexiones en torno a algunos intertextos y paratextos derivados de una lectura de Miguel Ángel Asturias*, de Carlos Pérez.

También integra esta obra la compilación de estudios sobre Kelsen y la teoría kelseniana, último trabajo que coordinó el doctor José Emilio Rolando Ordóñez, y que fue cedido por la doctora Elvia Flores, jefa del Departamento de Publicaciones, en consulta con el Consejo Editorial de nuestro Instituto, lo cual enriquece, sin duda, el propósito del homenaje. Esta parte está compuesta por las participaciones siguientes: *Introducción*, de Gina Chávez Vallejo; *¿Kelsen y el pluralismo jurídico?*, de Óscar Correas; *Kelsen: sobre socialismo y democracia*, de Jorge Fuentes Morua; *Reflexiones kelsenianas*, de René Kuppe; *Geometría y derecho. La pirámide kelseniana y el círculo en el derecho de los pueblos de Abya Yala*, de José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes; *Hans Kelsen y la*



*sociología y antropología del derecho*, de Antonio Peña Jumba; asimismo, se cuenta con un anexo sobre la *Red Latinoamericana de Antropología Jurídica*.

Hacemos patente nuestro agradecimiento a todos los colaboradores que con sus aportaciones nos permiten presentar esta obra; asimismo, sabemos que muchos amigos y colegas manifestaron su interés por participar, pero que los tiempos fueron determinantes; no obstante, va para ellos también nuestro reconocimiento.

Finalmente, agradecemos al doctor Héctor Fix-Fierro, director de nuestro Instituto, por su aliento a realizar este homenaje, a sabiendas del gran aprecio y admiración hacia el doctor Ordóñez Cifuentes; así como por la colaboración y facilidades en torno al mismo a la doctora Mónica González Contró, secretaria académica, y por el interés, auxilio técnico y editorial a la doctora Elvia Lucía Flores Ávalos, jefa del Departamento de Publicaciones.

Ma. Carmen MACÍAS VÁZQUEZ  
Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ

## SEMBLANZA

JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES

Mesoamericano del Sur

Socialista/comunitarista

Ciudadano del mundo

(12 de enero de 1944-30 de noviembre de 2010)

### *Mesoamericano del Sur*

Nació de forma prematura el 12 de enero de 1944 en un luminoso pueblo del mundo maya: San Miguel Totonicapán/Chuimekená, Guatemala. Sus padres fueron Egil Ordóñez Muñoz y Romelia Cifuentes Ligorria, originarios de esa misma ciudad, y quienes procrearon diez hijos, no sin dificultades económicas y tempestades políticas.

La infancia de José Emilio estuvo marcada por el signo de la Revolución de Octubre (1944-1954), los “10 años de primavera” en el país de la eterna dictadura, como apuntara el insigne literato guatemalteco Luis Cardoza y Aragón. Su padre fue uno de los artífices revolucionarios de 1944, electo diputado por Totonicapán, constituyente de 1945 y uno de los líderes más destacados del Frente Popular Libertador.

Sus primeros estudios no los realizó en escuela oficial alguna, sino a través de clases particulares, que luego revalidó ante las autoridades educativas, debido a las diferencias políticas de su padre con varios profesores locales, que mantenían un discurso adverso a la Revolución de Octubre y al presidente Arévalo. José Emilio se caracterizó desde niño por una aguda y disciplinada inteligencia, de ávida lectura y amplia cultura, sumamente sociable, alegre, pero de un temperamento fuerte ante las injusticias. En su niñez convivió intensamente con los k'iche's y ladinos de Totonicapán; nunca se dejó guiar por la máxima racista de “aparte torito, aparte guacax”, fue un crío intercultural. Es por ello que se autopercibía, sin equívoco alguno, como “mesoamericano del sur”.

Escuchando las pláticas de los “mayores”, entre ellos políticos locales y nacionales e intelectuales de la llamada “Legión del Caribe”, se enteró de la difícil situación del país, de las profundas contradicciones económicas, del papel de la Iglesia católica en la contrarrevolución de 1954 y del racismo imperante en Guatemala. Como consecuencia de ello, renunció a continuar siendo el acólito mayor de la iglesia de Totonicapán, aunque sin perder su fe cristiana. Continuó sus estudios de prevocacionales en la ciudad de Quetzaltenango, primero en el Liceo Guatemala y luego en el Instituto Nacional para Varones de Occidente. Culminó sus estudios como bachiller en ciencias y letras en el Colegio La Patria en 1962.

En 1970 se graduó de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, abogado y notario, en la Universidad de San Carlos de Guatemala, con una disertación sobre la *Ignorancia del derecho en una comunidad indígena*, una de las tesis pioneras que abordaron el tema de la justicia en las comunidades indígenas en Guatemala. Realizó un trabajo de campo por más de un año en la comunidad de Santa María Ixtahuacán bajo la asesoría de Jean Loup Herbert, destacado sociólogo francés (1941-2005), autor, junto con Carlos Guzmán Bockler, del clásico *Guatemala: una interpretación histórico-social*. Estos estudios sobre la realidad jurídica de los pueblos indígenas marcarían su interés por el estudio de la sociología jurídica.

En 1970 contrajo nupcias con Telma Mazariegos Santís, matrimonio que se prolongara hasta el día de su muerte, y con quien procrearía dos hijos: Egil Mijail y Carlos Salvador. Después de desempeñarse por unos años como juez suplente y juez de primera instancia en varias ciudades del oriente y occidente de Guatemala, obtuvo la beca Celso de León, de la Universidad de San Carlos de Guatemala, para estudiar su posgrado en sociología en México, un sueño que había cobijado por años.

### *Socialista/comunitarista*

A su llegada a México con su familia en 1975 se dedicó intensamente a sus estudios doctorales. De la cátedra y del diálogo intelectual con sus maestros, de la talla de Pablo González Casanova, Ricardo Pozas, Agustín Cueva, Enrique Valencia, entre muchos otros, y del contexto del ambiente cultural de la época, se declara firmemente socialista, pero alejado de todo pensamiento ortodoxo. Concluyó sus estudios doctorales exitosamente con un promedio de 10, y regresó a Guatemala a culminar su tesis doctoral debido a la terminación de la beca y a la muerte repentina de su padre, quien se había retirado de la vida política y había continuado como el abogado

defensor de los k'iche's en Totonicapán y profesor en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Regresó en un tiempo marcado bajo los signos de la muerte y de las más perversas dictaduras militares en Guatemala. Fungió brevemente como profesor de sociología en las facultades de Medicina y Derecho; en esta última fue director provisional tras el cobarde asesinato de Francisco Monroy Paredes, exdirector del Centro Universitario de Occidente, y de la Facultad de Derecho, en julio de 1980. Tras la compungida vida universitaria con asesinatos, amenazas de muerte y secuestros de profesores y alumnos, atentados con artefactos explosivos, y la imposibilidad a continuar como abogado defensor en Totonicapán, decide regresar a México, con una maleta en mano, con unos pocos libros y documentos, en el marco de un congreso de sociología.

Fue invitado posteriormente a formar parte de la planta académica de la Universidad Autónoma del Estado de Sinaloa (UAS) de 1980 a 1987, y de la Universidad Autónoma de Puebla, UAP, de 1987 a 1991. Durante esos años, invadidos fuertemente por el holocausto guatemalteco con sus miles de víctimas, principalmente mayas, decide realizar diversas investigaciones sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, particularmente del genocidio, etnocidio, idiomicidio y democidio. A partir de 1991 se incorporó como investigador de tiempo completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la que sería su casa intelectual hasta el día de su muerte, y en los años sucesivos fue profesor visitante en universidades estatales y autónomas de México, centroamérica, Colombia, Canadá, Estados Unidos, Austria, Holanda, España, Japón, Perú. Fue coordinador de proyectos referidos al derecho indígena en México y Guatemala y fundador de las Jornadas Lascasianas Internacionales, evento que impulsó durante más de veinte años.

En su natal Totonicapán fue premiado con la Orden Atanasio Tzul, de la Alcaldía Indígena, declarado Hijo Ilustre por la Alcaldía Municipal, se le adjudicó a una calle su nombre, y se le rindió homenaje en el Medio Maratón Atanasio Tzul. Siempre apoyó de todas las formas posibles a sus paisanos, mostrando mucho orgullo por su ciudad natal y su sentido comunitarista.

Durante los últimos años se dedicó a impulsar la maestría en etnicidad, etnodesarrollo y derecho indígena en el posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y del posgrado de la Facultad de Derecho de la USAC. Fue miembro de la Academia Mexicana de Derechos Humanos, del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, de la Asociación Latinoamericana y Centroamericana de Sociología, de la Academia de Profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM, con el grado de doctor, de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Asimismo, fue miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II, y del estímulo académico Pride, de la UNAM.

En los últimos años se dedicó a apoyar la iniciativa de Ley de Pueblos y Barrios Originarios y Comunidades Indígenas de la Ciudad de México, en la capacitación, discusión y debate de las diferentes propuestas y enfoques. Su liderazgo académico fue reconocido de manera interinstitucional por el gobierno del Distrito Federal con el premio Quetzalcóatl.

### *Ciudadano del mundo*

Chepito, como le decían familiarmente, murió en la ciudad de Guatemala el 30 de noviembre de 2010, como consecuencia de un infarto agudo de miocardio, que se complicó debido a la diabetes e hipertensión arterial que padecía. Su muerte repentina alargó el largo ritual que él ya había impuesto a la muerte: morir en la tierra que le vio nacer y ser sepultado de acuerdo con las “costumbres”.

Su entierro se asemejó al de su padre: cortejo fúnebre desde la ciudad de Guatemala a su casa natal; velorio con la presencia de sus hermanos y familiares; homenaje en la alcaldía municipal, donde se declara día de luto local; misa de cuerpo presente en la iglesia de San Miguel Arcángel; viaje cargado por cienmilzompopos hermanados hasta el mausoleo de sus ancestros; entierro homenaje, donde expresaron palabras-flor sus amigos de siempre y familiares cercanos; remolino de viento y agua en el corazón del cielo y la tierra, chipi-chipi fecundo que enterró su cuerpo, pero no su pensamiento práxico: “Lo más importante es ser ciudadano” y “La lucha debe continuar”, tal como lo expresara cuando recibió los premios Atanasio Tzul e Hijo Ilustre en Totonicapán y el Premio Quetzalcóatl del Consejo de Pueblos y Barrios Originarios en el Distrito Federal.

Su muerte me hace recordar el hecho curioso de que cuando mi padre salía de su casa natal a realizar cualquier diligencia en Totonicapán, nunca lo hacía en menos de treinta minutos, que son suficientes para recorrer todo el pueblo, sino que se transformaban en viajes épicos, que dilataban varias horas, porque muy pronto era invitado a almorzar, a “refaccionar”, o a cenar, y no obstante ello, cuando regresaba, por lo común animoso, para contar todas las noticias del pueblo, pedía nuevamente un café para sentarse a conversar. Era aceptado socialmente por ser un hombre de linaje, pero humilde; inteligente, pero no soberbio; alegre mas no falso; receptivo a las ideas de los demás, pero siempre fiel a sus principios. En una cosa era absolutamente claro: jamás aceptar una injusticia.

Carlos Salvador ORDÓÑEZ MAZARIEGOS

# EL DERECHO DE AUTODETERMINACION: UN DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Claudia A. MENDOZA ANTÚNEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La autodeterminación es un derecho humano de los pueblos*. III. *En busca de una vía de acuerdo entre el derecho a la libre determinación y el respeto a la integridad de los Estados*. IV. *La autodeterminación de los pueblos indígenas, un derecho limitado y en evolución: la conclusión*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

El reclamo de los pueblos indígenas, tanto en la escena nacional como internacional, es un catálogo de derechos que se concentran principalmente en su reconocimiento como pueblos y, como consecuencia, en el de ser sujetos al derecho a la libre determinación o autodeterminación; sin embargo, la protección de la integridad territorial provoca el temor de los Estados a aceptar el pleno reconocimiento de los pueblos indígenas como tales. Los siguen llamando minorías, poblaciones y en algunos casos pueblos, pero no de *esos*, de los que habla el derecho internacional, sino de *estos otros* de diferente categoría, con grado limitado, que siguen siendo sujetos de atención del Estado, como menores sin capacidad para decidir sobre su destino.

Cabe entonces preguntarnos si el derecho internacional habla de diferentes tipos de *pueblos*, como si pertenecieran a diferentes *categorías*, y que dependiendo de la *categoría* a la que se pertenezca, se puede acceder en un menor o mayor grado al ejercicio del derecho a la libre determinación. Una revisión histórica indica que el temor va ligado a la relación que se ha hecho en la práctica política de este principio, en relación con la secesión y con

\* Estudiante de doctorado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El presente artículo forma parte de la investigación doctoral: “La administración de justicia en la montaña de Guerrero. Una experiencia de autodeterminación y pluralismo jurídico”.

problemas interétnicos. Conflictos que arriesgan la estabilización de las diferentes sociedades involucradas, así como de la comunidad internacional, debido a una eventual desintegración. Por lo tanto, se ha tomado como un riesgo el aceptar que existan pueblos que se reclamen titulares de este derecho, y que tengan la opción de crear un nuevo Estado, situación no autorizada por el derecho internacional.

No obstante, la interpretación del derecho a la libre determinación ha evolucionado, como ha evolucionado también el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional. Prueba de esta evolución lo son tanto la Convención 169 de la OIT como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, se ve la dificultad, sobre todo en la primera, de aceptar que los pueblos indígenas son pueblos con los derechos correspondientes. Nos referimos al criticado párrafo 3 del artículo 1o. del Convenio 169,<sup>1</sup> que sentencia a los pueblos indígenas a una categoría diferente de pueblos, al determinar que son pueblos que no pueden ser considerados en el derecho internacional como tales. Tal dictamen nos lleva directamente a la negación del derecho a la libre determinación, derecho humano fundamental.

La discusión está en que el contenido del derecho a la autodeterminación como derecho fundamental se extiende a todos los pueblos, incluidos los pueblos indígenas, aunque todavía no se alcanza, como vemos, un pleno reconocimiento como sujetos de derechos que les permita, ejerciendo la libre determinación, llegar a un plano de libertad e igualdad.

Todo esto a pesar de que actualmente el artículo 3o. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>2</sup> establece que tienen derecho a la libre determinación, y que en ejercicio de este derecho, el artículo 4o. menciona que se benefician del “derecho a la autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales”, textos que se complementan con el artículo 34 de la misma Declaración, el cual reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas para “promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas jurídicos”. Sin embargo, las discusiones jurídicas en torno al derecho a la libre determinación radican en su alcance y en la denominación del sujeto de derecho principalmente.

<sup>1</sup> Organización Internacional del Trabajo, “Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convenios.pdf>.

<sup>2</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, doc. A/RES/61/295, 10 de diciembre de 2007. <http://daccess-sny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>.

Por está razón el presente trabajo va encaminado a un análisis de los aspectos más importantes respecto de la evolución del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, y de la interpretación que los diferentes órganos de las Naciones Unidas han realizado al respecto. Revisaremos entonces, en un primer capítulo, la evolución histórica que ha sufrido el principio a la libre determinación, y las confusiones y posibles contradicciones que surgen de este reconocimiento en la práctica, lo que nos llevará a estudiar la denominación *pueblo* como titular de este derecho, así como el contenido y carácter de derecho fundamental de la libre determinación.

En un segundo apartado, ahondaremos en la búsqueda de una posible conciliación entre las limitantes que pone el derecho internacional al ejercicio del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas. Finalmente, tras reconocer a los pueblos indígenas como sujetos de derecho a la autodeterminación, como resultado de la evolución de la denominación *pueblo* y del mismo derecho a la libre determinación, habrá que cuestionarnos sobre la situación actual de los pueblos indígenas, y sobre la efectiva aplicación de la normativa internacional.

## II. LA AUTODETERMINACIÓN ES UN DERECHO HUMANO DE LOS PUEBLOS

En la evolución que ha tenido la libre determinación de los pueblos en el ámbito internacional, destaca sobre todo el reconocimiento de su carácter como derecho humano reafirmado después de múltiples resoluciones,<sup>3</sup> en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966. Después de la adopción de estos instrumentos vinculatorios, no queda duda sobre la importancia de la libre determinación, reconocida, también por la comunidad internacional, como norma imperativa o de *jus cogens*. El desarrollo progresivo de la libre determinación ha pasado por varias interpretaciones, que versan sobre todo en el grado y características del ejercicio de este derecho, es decir, sobre el alcance de este derecho y también sobre sus titulares: los pueblos. El problema que se plantea en relación a los pueblos indígenas se

<sup>3</sup> La resolución 545 (VI) de la Asamblea General otorgó a la libre determinación su carácter de derecho y dispuso incluirlo en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Después de la mencionada resolución, se reiteró dicho carácter en la resolución 1514 (XV) de 1960, de esta manera, ambas sentaron las bases para la inclusión de la libre determinación como derecho humano en el artículo 1o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966. Dichas resoluciones son consultables en: <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.



refiere a la limitante que se establece junto con la libre determinación, y que se refiere al respeto a la integridad de los Estados.

Las interpretaciones que se han vertido en relación a este derecho como un derecho propio de los pueblos indígenas, van encaminadas tanto a los fundamentos de la libre determinación, como un derecho humano y las posibles implicaciones como resultado de su aplicación, hasta las diferentes formas en que se puede materializar dicho derecho.

### 1. *Del principio de las nacionalidades a un derecho de los pueblos indígenas*

El principio a la libre determinación tiene su origen en la idea de libertad de los individuos y de su relación con la nación,<sup>4</sup> considerando este aspecto como la identificación de un grupo de individuos con una nación determinada. Dicho principio dictaba que toda nación, en un sentido etnocultural, tenía el derecho de formar un Estado, y todo Estado debía estar compuesto por una sola nación. Éste era el sustento del llamado principio de las nacionalidades, que aparece en contraposición a la idea del Estado-nación,<sup>5</sup> y que fue retomado por diversos pueblos de Europa en el siglo XIX. Este movimiento *de las nacionalidades*, tuvo como resultado, por un lado, la independencia de pueblos sujetos al poder de un Estado extranjero<sup>6</sup> y, por el otro, unió a Estados independientes, los cuales, formando una unidad étnico-cultural deseaban formar también una unidad político-jurídica, un Estado.

Es hasta la Primera Guerra Mundial, con motivo de las discusiones relativas a los derechos de los pueblos y naciones<sup>7</sup> y de sus derechos para

<sup>4</sup> Calogieropoulos-Stratis, Spyros, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruselas, Bruylant, 1973, p. 15.

<sup>5</sup> Habremos de recordar que el Estado-nación deduce de la unidad del Estado, la unidad de las diferentes naciones que lo componen. Tal fue el caso de la Revolución Francesa que propuso la unidad entre comunidad política y comunidad cultural a partir de la lógica mencionada. Sin embargo, la nacionalidad es un vínculo, el cual puede tener dos sentidos, el primero, se refiere a la relación del individuo con una nación desde el punto de vista cultural, y el segundo sentido es la relación de un individuo con su Estado o comunidad política. Se trata entonces de dos vínculos, la nacionalidad étnica y la nacionalidad estatal. Aquellos pueblos europeos, como los polacos y los húngaros, que poseían una unidad cultural, tomaron la propuesta francesa de unidad, y dedujeron que tenían derecho a la unidad política, a la creación de un Estado a partir de su unidad como comunidad cultural. De Obieta Chalbaud, José A., *El derecho de la autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 25-27.

<sup>6</sup> Como fue el caso de Grecia y Bélgica.

<sup>7</sup> El 2 de noviembre de 1917, en la Declaración de los pueblos de Rusia, se proclama la igualdad y la soberanía de los pueblos, su derecho a disponer libremente de sí mismos, incluyendo el derecho de separarse y de constituirse en Estados independientes. Cfr. Jouve, Edmond, *Le droit des peuples*, 2a. ed., París, PUF, 1992, p. 11.

mantener la paz, que el término *libre determinación* aparece en el vocabulario internacional. Con la elaboración de los Tratados de Paz, y gracias a las declaraciones del entonces presidente de los Estados Unidos, Woodrow Wilson,<sup>8</sup> en los que se destaca que los pueblos ya no podrían ser gobernados sin su consentimiento, se da entonces inicio a lo que se podría considerar una segunda etapa del derecho de los pueblos a la libre determinación.<sup>9</sup>

Dicho periodo histórico se refiere al establecimiento del principio, como norma de excepción en los Tratados de Paz, sólo para los casos previstos y después de seguir los métodos considerados democráticos,<sup>10</sup> se convierte también en una segunda versión del principio de las nacionalidades,<sup>11</sup> el cual se agota al momento de obtener el ejercicio pleno de este derecho (principio *uti possidetis juris*). Posteriormente, un tercer periodo comienza con la Carta de San Francisco, en el que la libre determinación se transforma en una regla universal, dirigida principalmente al proceso de descolonización.

El reconocimiento que hace la comunidad internacional de la existencia de ciertos principios,<sup>12</sup> considerados vitales para la protección de los valores más importantes de la humanidad, se plasma en las normas *imperativas* o de *jus cogens*. Y así como la no discriminación, la libre determinación de los pueblos pertenece a esta categoría de normas imperativas, debido a que se le considera “[...] una condición previa para el ejercicio y efectividad de los derechos humanos [...]”,<sup>13</sup> propios de los pueblos y de los individuos que los componen, de acuerdo a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

La libre determinación de los pueblos se encuentra consagrada dentro de los propósitos y principios de las Naciones Unidas, en el artículo 1o.,

<sup>8</sup> En 1918 el presidente de los Estados Unidos, Wilson, hace público los llamados Catorce Puntos, como un programa que pudiera servir de sustento para la paz; posteriormente, el presidente propone los “Cuatro Puntos”, donde señala expresamente que la autodeterminación en un principio imperativo de acción. De Obieta Chalbaud, José A., *op. cit.*, nota 5, p. 28.

<sup>9</sup> Calogeropoulos-Stratis, Spyros, “Fondement et évolution historique du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”, *Mélanges Marcel Bridel*, p. 49. También Edmond Jouve hace una división histórica de estas etapas. *Cf.* Jouve, Edmond, *op. cit.*, nota 7, p. 11.

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

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>12</sup> Véase, *supra*, nota 1. En la Carta de Naciones Unidas se establece igualmente como principio en los artículos 1o., 2o. y 55.

<sup>13</sup> Gros Espiell, Héctor, “No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional, con especial referencia a los efectos de su denegación sobre la legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas normas imperativas”. *Cf.* Gros Espiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos I*, Caracas, Ediciones del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1985, p. 237.

párrafo segundo, y en el artículo 55 de la Carta, así como en el artículo 1o. común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, concretándose así la internacionalización del derecho de los pueblos a la autodeterminación, como principio, como derecho humano y como condición necesaria para el ejercicio de otros derechos y libertades.<sup>14</sup> Este desarrollo se llevó a cabo, a pesar de que la libre determinación no fuera incluida en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por supuesto que hoy en día la interpretación de la Declaración se da a la luz del desarrollo actual del derecho internacional, y se reconoce que la libre determinación se expresa en el texto de manera implícita.<sup>15</sup>

Para la adopción de estos artículos se presentaron discusiones y posiciones en contra, en relación al titular del derecho y la forma de aplicación de este derecho que se aceptó incluso, tiene otras formas de aplicación distintas a las relacionadas al proceso de descolonización, como lo es la independencia.<sup>16</sup>

En lo que se refiere a la inclusión de la libre determinación en la Carta, se señaló que el principio de autodeterminación expresaba la voluntad de los pueblos, pero que éste era compatible con los fines de la Carta *solamente* en la medida en que le daba a los pueblos, el derecho para administrarse a sí mismos y no para la secesión.<sup>17</sup>

La problemática se planteaba de esta manera, pueblos con derecho a autodeterminarse pero sin romper la integridad territorial del Estado, en-

<sup>14</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, “Derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación”, Resolución 637 (VII), 16 de diciembre de 1952. <http://www.un.org/es/documents/>.

<sup>15</sup> Gros Espiell, H., “Los derechos humanos y el derecho a la libre determinación de los pueblos”, Gros Espiell, *op. cit.*, nota 13, p. 197.

<sup>16</sup> La Asamblea General de las Naciones Unidas señala la posibilidad de que el ejercicio del derecho a la libre determinación conduzca a otras formas políticas. *Cf.* Resolución 1541 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta, 15 de diciembre de 1960, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

<sup>17</sup> “[...] Por una parte ahí está un principio que corresponde estrechamente a la voluntad y al deseo de los pueblos del mundo entero y que por consecuencia habría lugar para formularlo netamente en el Capítulo. Por otro lado [...] este principio sería compatible con los fines de la Carta en la medida en que éste implica, para los pueblos, el derecho de administrarse a sí mismos, pero no el derecho de secesión”. Documentos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Organización Internacional, G/29 t. IV, p. 888, citado por: Gros Espiell, H., *Le droit à l'autodétermination. Application des résolutions de l'organisation des Nations Unies*, doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1979, p. 2.

tonces ¿cómo podría solucionarse la situación de pueblos que desearan expresar su voluntad y tal vez alcanzar su independencia, en un Estado ya conformado?

En el caso del *Sahara occidental*, la Corte Internacional de Justicia se refiere al “principio de autodeterminación en tanto que derecho de los pueblos”.<sup>18</sup> La Corte menciona que el derecho de autodeterminación es un derecho de los *pueblos sujetos a una dominación colonial y extranjera*. Se trata de pueblos en situación de colonización, lo que representaba una disyuntiva para aquellas comunidades consideradas minorías al interior de los Estados ya constituidos, pero que se encontraban al margen de cualquier decisión, y que además se autoidentificaban como pueblos.

Actualmente, se puede añadir otra etapa, en la que, con base en las discusiones sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y la adopción de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, éstos se ven ahora como titulares de un derecho, que antes no se les reconocía. Sin embargo, el debate en torno a este derecho no se ha detenido y el efectivo reconocimiento y, sobre todo, ejercicio de los derechos establecidos, siguen siendo restringidos.

## 2. *De minorías y poblaciones a pueblos indígenas: el debate sobre el titular del derecho a la autodeterminación*

El derecho internacional no confiere el derecho de libre determinación a las minorías, puesto que ha sido exclusivamente reconocido a lo que se consideraba *mayoría compacta*, la cual debía habitar en su propio territorio y no a la minorías rodeadas de población extranjera,<sup>19</sup> dispersas. Solamente el pueblo es el titular del derecho a la libre determinación, lo que nos pone en el dilema de la identificación del sujeto de derecho.

La dificultad para distinguir la noción *pueblo* de otras nociones similares es evidente, pues el titular del derecho está claramente establecido y no tiene más nombre que uno. El problema de la identificación del titular del derecho ha sido, por lo mismo, tema de discusión a nivel internacional, que ha llevado a centrar el problema de distinción en las confusiones entre los conceptos de Estado, nación y pueblo, los cuales están ligados en la práctica a la libre determinación.

<sup>18</sup> Corte Internacional de Justicia, *Caso Sahara Occidental*, avis consultatif, Recueil d'arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1975, <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>, párr. 55, p. 31.

<sup>19</sup> Calogeropoulos-Stratis, Spyros, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, cit.*, nota 4, p. 212.

En dos estudios de las Naciones Unidas sobre la autodeterminación, se retoman tanto las opiniones como las resoluciones que se han dado en relación al tema y por lo tanto a estos conceptos. En el estudio de Naciones Unidas relativo al desarrollo del derecho a la autodeterminación, el relator Aureliu Cristescu señala que el término *pueblo* puede entenderse como “toda forma particular de comunidad humana unida por la conciencia y la voluntad de constituir una unidad capaz de actuar hacia un futuro común”.<sup>20</sup>

Sociológicamente, tanto la nación como el pueblo son comunidades humanas caracterizadas por compartir un mismo pasado, y por la voluntad de construirse un futuro. Pero existe una diferencia entre ambos conceptos y ésta radica en que la nación se centra en un origen común, y el pueblo se centra en el interés en el futuro y, por lo tanto, tiende al cambio, a diferencia de la nación que busca reproducir su pasado en el presente.<sup>21</sup>

Pero existe una posible *compatibilidad*, que es lo que nos lleva a la confusión. Esta compatibilidad o concurrencia está en que la libre determinación que el derecho internacional atribuye a los pueblos y no a las naciones o a los Estados, puede coincidir en los hechos. En el momento en que el pueblo y la nación concuerden y que un pueblo se constituya en Estado, entonces tanto esta nación como el Estado en discusión, serán considerados como una manifestación del pueblo, y por lo tanto serán sujetos al derecho de autodeterminación.<sup>22</sup>

No obstante, después de la descolonización, varios pueblos se vieron circunscritos en Estados independientes que no los representaban. Qué podrían cuestionarse los pueblos indígenas del México independiente del siglo XIX, que para ser considerados ciudadanos, debían contar con una ganancia mínima y para acceder a sus derechos políticos, debían saber leer y escribir la lengua oficial, por supuesto. Asimismo, los derechos de ciudadanía podían ser suspendidos por ser sirviente doméstico,<sup>23</sup> trabajo que desempe-

<sup>20</sup> Cristescu, Aureliu, *Le droit à l'autodétermination. Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, doc. E/CN.4/Sub.2/404/Rev. 1, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, 1981, p. 9.

<sup>21</sup> Jouve, Edmond, *op. cit.*, nota 7, p. 8.

<sup>22</sup> Cristescu, Aureliu, *op. cit.*, nota 20, p. 9.

<sup>23</sup> Tal fue el caso de las *Leyes constitucionales de la República mexicana*, de 1836, que señalaba en su artículo 7o., párrafo 1o, que los ciudadanos eran aquellos que tuvieran.” [...] una renta anual lo menos de cien pesos, procedentes de capital fijo o mobiliario, o de industria o trabajo personal honesto y útil a la sociedad. En el artículo 16, señalaba como motivos para la suspensión de la ciudadanía: “II. El estado de sirviente doméstico” y “IV. por no saber leer ni escribir [...]”. En el mismo sentido, en *las bases de organización política de la República mexicana de 1843*, en el artículo 18 señala que los ciudadanos mexicanos son entre otros requisitos, aquellos “[...] que tengan una renta anual de doscientos pesos por lo menos, procedente de

ñaban y/o desempeñan en tiempos presentes, principalmente las personas indígenas.

Así es que conflictos que atentan contra la integridad estatal, y que el derecho internacional busca evitar, son ocasionados porque los diferentes pueblos incluidos en Estados multinacionales, se percatan que están sometidos al poder de un Estado al que ellos no se han asociado de manera voluntaria y que los discrimina y/o margina. Por lo tanto, estos pueblos buscan la manera de expresar su desacuerdo, utilizando el derecho de autodeterminación como un principio democrático<sup>24</sup> al que tienen derecho.

Este es problemamente el principal motivo por el que los pueblos indígenas han sido considerados como minorías etno-culturales al interior de los Estados. Como tales no tendrían las atribuciones que el derecho internacional les confiere a los pueblos y no cabría ningún riesgo para la unidad político-territorial del Estado, y no habría, debemos decirlo también, responsabilidad internacional del Estado,<sup>25</sup> al no cumplir con una obligación que dictan normas imperativas con características *erga omnes*.<sup>26</sup>

capital físico, industria o trabajo personal honesto [...]. Desde el año 1850 en adelante los que llegaren a la edad que se exige para ser ciudadano, además de la renta dicha antes para entrar en ejercicio de sus derecho político es necesario que sepan leer y escribir". Igualmente, los derechos de ciudadanía se podrían suspender por lo establecido en el Artículo 21, apartado I. "Por el estado de sirviente doméstico". Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1979*, 9a. ed., México, Porrúa, 1980, pp. 207 y 409.

<sup>24</sup> De Obieta Chalbaud considera a la libre determinación como un principio democrático, el cual implica que "[...] toda comunidad natural, formada de personas humanas y libres, posee en sí, en virtud de su propia naturaleza, el poder de gobernarse a sí misma, sin ingerencias exteriores de ninguna clase, para obtener los fines que le son específicos. Tal comunidad determina por consiguiente libremente la forma como va a gobernarse en el futuro de acuerdo con sus tradiciones y los deseos expresados por su población y, al obrar así y en la medida en que obre así, ejercerá su derecho de autodeterminación". Como vemos este principio trata los fundamentos que sustentaron el principio de las nacionalidades. De Obieta Chalbaud, José A., *op. cit.*, nota 5, p. 31.

<sup>25</sup> En cuanto a la responsabilidad de los Estados en el derecho internacional, surge de un acto "internacionalmente ilícito", cuyos elementos son: "a) una conducta consistente en un acto u omisión atribuible al Estado con arreglo al derecho internacional, y b) que la conducta constituya una violación de una obligación internacional", de acuerdo al proyecto de artículos sobre la responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional. En materia de Derechos Humanos, las normas tienen características de *jus cogens*, por lo tanto, los Estados tienen el deber de respetar los derechos humanos internacionalmente reconocidos, y realizar los actos necesarios para hacerlos cumplir e impedir violaciones. Comisión de Derechos Humanos. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 2 de julio de 1993.

<sup>26</sup> En la Opinión Consultiva de 1951, sobre Reservas a la Convención para prevenir y sancionar el delito de Genocidio y en el caso Barcelona Traction, la Corte Internacional de

El término minorías, por lo tanto, requiere un repaso reflexivo. Los autores Henri Pallard y Stamatios Tzitzis señalan que los individuos se encuentran frecuentemente en posiciones minoritarias en relación a otros individuos. La noción de minoría es externa al individuo, es una idea *de relación con*, “que nace de las relaciones intersubjetivas que existen entre las diferentes comunidades que forman los individuos”.<sup>27</sup>

Desde este punto de vista, los pueblos indígenas sí conforman una minoría, en cuanto al poder de participación en la vida política y económica del Estado, pues dentro de los más pobres están y han estado los pueblos indígenas.<sup>28</sup> Por lo tanto, pueden ser considerados como minoría, puesto que pertenecen a un sector *no dominante*<sup>29</sup> de la población que conforma al Estado, pero también y sobre todo, son pueblos titulares de derechos conferidos por el derecho internacional. Esa es la discusión inacabada y de ahí depende el reconocimiento que ha resultado limitado. Asimismo, no debemos restar importancia al hecho de que fue precisamente el tema de minorías el que ha llevado a la práctica, la evolución de los derechos de los pueblos indígenas en el derecho internacional.<sup>30</sup>

Justicia deja claro que, exista una relación convencional o no, hay obligaciones internacionales que les son impuestas a los Estados y deben cumplirse ya que defienden un interés común, donde los beneficiarios son las personas, se trata de las obligaciones *erga omnes*, característica que la doctrina y la jurisprudencia otorga a las normas de derechos humanos. C. I. J., *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*. Informe 1970, párrafo 33. C. I. J., *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, I. C. J. Informe 1951, p. 23 y Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2. <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.

<sup>27</sup> Tzitzis, Stamatios, “Approche onto-axiologique des droits des minorités”, en Pallard, Henri y Tzitzis, Stamatios, *Minorités, culture et droits fondamentaux*, París, Hamattan, 2001, p. 77.

<sup>28</sup> A pesar de que son alrededor de 370 millones de indígenas en el mundo, quienes constituyen más o menos el 5% de la población mundial, conforman también el 15% de los pobres del mundo y representan la tercera parte de los 900 millones de indigentes de las zonas rurales. “Foro permanente de las Naciones Unidas para las cuestiones indígenas. La situación de los pueblos indígenas del mundo”, [http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP\\_fact\\_sheets\\_ES.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/SOWIP_fact_sheets_ES.pdf), p. 1.

<sup>29</sup> Martínez Cobo, *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones, volume V Conclusions, propositions et recommandations*, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7, Ginebra, Organización de las Naciones Unidas, 1986, pp. 31 y 32.

<sup>30</sup> Fue la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías quien recomendó que se llevara a cabo un estudio general y completo del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas en 1971, lo que resultó en el documento de cinco volúmenes, elaborado desde 1981 hasta 1984, denominado “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” conocido también como el Informe Cobo, por el nombre de su autor, el relator José R. Martínez Cobo.

Por otro lado, antes de que los pueblos indígenas pudieran ser considerados como tales, además del término de minorías, se utilizaba el término poblaciones. Éste fue el criterio adoptado por el primer documento internacional de carácter vinculatorio, relativo a los derechos indígenas, el Convenio 107<sup>31</sup> de la Organización Internacional del Trabajo, adoptado en 1957. Dicho instrumento, señala en su primer artículo que los titulares de los derechos establecidos en el Convenio serán:

Parte 1. Principios generales

Artículo 1.1 El presente convenio se aplica:

a) Los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada que la que tienen los 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) a miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban el país en la época de la conquista o colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a que pertenecen.

2. A los efectos del presente Convenio, el término [semitribal] comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados a la colectividad nacional.

Como se puede percibir, el Convenio 107 se caracteriza por ser meramente integracionista, en el sentido de asimilación,<sup>32</sup> que acorde a la idea de que los pueblos indígenas desaparecerían para formar parte de la moder-

<sup>31</sup> Convenio 107 de la OIT sobre poblaciones indígenas y tribales. <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convds.pl?C107>. El Convenio 107 fue revisado por el Convenio 169, por lo que no está abierto a ratificación, pero se encuentra vigente aún para 18 países.

<sup>32</sup> Integración del latín *integratio*, señala el Diccionario de la lengua española, que se refiere a una acción para que “[...] alguien o algo pase a formar parte de un todo”. La sutileza es la manera en que se lleva a cabo para que los elementos formen un todo, en este caso, las diversas culturas y pueblos pasen a formar parte del todo, que sería el Estado-nación. Las diferentes culturas se pueden integrar conservando sus características particulares o pueden perderlas para asemejarse al grupo dominante o hegemónico, lo que depende de las condiciones que se presten para esta integración. En este último caso, se trataría de asimilación, del latín *assimilatio*, en el que las partes que formarán ese todo, deben ser alteradas, se asimila mediante la sustitución de uno o varios caracteres propios de una de las partes a ser asimiladas, por otros propios de otra de las partes, en este caso, insistimos, de la cultura hegemónica. *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=integracion](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=integracion).



nidad, establecía criterios para que dicha integración se llevara a cabo de manera paulatina y sin violencia. Se consideraba que los pueblos indígenas tenían culturas atrasadas, por lo que estaban destinadas a desaparecer y debían integrarse para mejorar su situación socioeconómica. Sin embargo, con los estudios posteriores de la Organización de las Naciones Unidas, y de la misma OIT, con la participación cada vez más abierta de miembros de los pueblos indígenas del mundo, estos criterios han sido rebazados.

Como resultado de los trabajos realizados para la revisión del Convenio 107, la OIT adopta en 1989 el Convenio 169,<sup>33</sup> cuyas diferencias principales de su predecesor son la adopción del término *pueblos* y su carácter pluralista. En el artículo 1o. se definen las características que se identifican con la denominación *pueblo indígena*, que coincide con el informe de Naciones Unidas sobre el desarrollo histórico del derecho a la autodeterminación de 1981, mencionada anteriormente, pero este texto es más específico ya que incluye la relación con el territorio, el aspecto cultural, y el hecho de descender de pueblos originales:

Artículo 1. 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) a los pueblos en países independientes, 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 la colonización o del 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.

2. 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.

3. [...]

Las características propias de un pueblo indígena señaladas por el Convenio 169 son: una cultura definida, la noción de descendencia de las poblaciones originarias, y la conciencia de su identidad indígena, es decir, la autoidentificación. Además, les da el estatus de pueblos.

Estos mismos criterios los encontramos de manera general en el informe que elaboró la Organización de las Naciones Unidas. Se trata del cono-

<sup>33</sup> Convenio 169 de la OIT, *op. cit.*, nota 1.

cido *Informe Cobo*,<sup>34</sup> el cual ha significado una punta de lanza en los temas relativos a los pueblos indígenas y especialmente en el de su denominación como pueblos, con los derechos correspondientes.

Es en este sentido que el relator especial José Martínez Cobo propone, en su estudio sobre el problema de la discriminación, la definición siguiente:

Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

Desde el punto de vista del individuo, indígena es la persona que pertenece a un pueblo indígena por auto-identificación y que es reconocido y aceptado por esta población en tanto que uno de sus miembros.<sup>35</sup>

Como vemos, el concepto concuerda con lo que se menciona en el Convenio 169 en relación a la descendencia de pueblos originales, el poseer una identidad cultural propia y distinta de la sociedad dominante y la autoidentificación. De este último depende en realidad la denominación de persona indígena, y de pueblo indígena, ya que se trata del reconocimiento que como tales, tienen ellos mismos. Y por lo tanto, debe estar de acuerdo con la percepción que ellos tienen de sí mismos en relación a otras colectividades, sin pretender definirlos del exterior, a partir de valores no indígenas y, por lo tanto, alejados de su propio universo cultural. Un aspecto que añade este texto es la heteroadscripción como elemento correlativo de la autoidentificación.

Dentro de los aspectos que completan la definición dada en el Informe y que no son considerados en el Convenio 169, podemos mencionar el deseo de continuidad como pueblo indígena, la voluntad de preservar sus territorios ancestrales y su identidad étnica, y así como se menciona en el “Informe sobre el desarrollo histórico del derecho a la autodeterminación”, la voluntad de desarrollar y de transmitir su cultura a las generaciones siguientes, como garantía de su propia existencia como pueblo. Aunado

<sup>34</sup> Véase nota 30.

<sup>35</sup> Martínez Cobo, José R., *Étude du problème de la discrimination à l'encontre des populations autochtones*, Vol. V, *Conclusions, propositions et recommandations*, Organización de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, Nueva York, 1987, párr. 379, pp. 31 y 32.

a esto, además mantienen de alguna manera sus modelos culturales, tales como sus instituciones sociales y sus sistemas jurídicos.

El informe incluye la relación que estos pueblos tienen con el territorio y la continuidad histórica con los pueblos que se encontraban ya en el territorio donde llegaron pueblos extranjeros. Es importante considerar la invasión colonial como parte de la historia indígena, pues permite incluir a las comunidades que han perdido sus territorios ancestrales. De esta manera, los pueblos que por causas políticas ya no viven dentro de los límites de un territorio estatal son tomados en cuenta.

Esta mención a una invasión extranjera nos hace pensar todavía más en que los pueblos indígenas son y deben ser tomados como los titulares originales del derecho a la libre determinación, sin divisiones conceptuales. El texto también pone énfasis en la situación de dominación en la que se encuentran los pueblos indígenas, situación que los ha llevado a conformar los sectores marginados y discriminados de los Estados a los que pertenecen.

Hasta aquí hemos llegado a la definición más aceptada de pueblo indígena, que, sin embargo, sigue causando polémica, ya que en el derecho internacional todavía a pesar de que se tiende a diferenciar a los pueblos indígenas y a las minorías, al mismo tiempo están sujetos a consideraciones normativas similares.<sup>36</sup>

### 3. *El derecho a la autodeterminación: un derecho fundacional*

El derecho a la libre determinación de los pueblos es considerado como un derecho humano particular ya que de su reconocimiento depende el goce efectivo de otros derechos y, por lo mismo, es considerado como una condición *sine qua non*.<sup>37</sup> Así se ha manifestado en diferentes resoluciones e interpretaciones de la Asamblea General y en los estudios de las Naciones Unidas referentes al derecho de libre determinación<sup>38</sup>.

Tanto el Pacto de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 establecen en su primer artículo común el derecho de libre determinación de los pueblos: “Artículo 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de

<sup>36</sup> Anaya, James S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad. Luis Rodríguez-Piñero Royo, Madrid, Trotta, 2005, p. 185.

<sup>37</sup> Cristescu, Aureliu, *op. cit.*, nota 23, p. 2.

<sup>38</sup> Dichos estudios son: Gros Espiell, Héctor, *Le droit à l'autodétermination. Application des résolutions de l'organisation des Nations Unies*, Nueva York, Organización de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1 1979. Cristescu, Aureliu, *Le droit à l'autodétermination. Développement historique et actuel sur la base des instruments des Nations Unies*, *cit.*, nota 20.

este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”.

Como se puede apreciar, de la lectura de este artículo se desprende el carácter del derecho a la libre determinación como *fuerza* para el ejercicio de otros derechos. Los aspectos que involucran el derecho a la libre determinación son entonces jurídicos, políticos, económicos, sociales y culturales. El párrafo segundo de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, adoptada por la Asamblea General en su resolución 1514 (XV), sigue el mismo argumento.

Dicha resolución junto con la Carta de las Naciones Unidas, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, así como diversas resoluciones de la Asamblea General conforman el sustento jurídico de la autodeterminación,<sup>39</sup> como un derecho humano y como norma imperativa de derecho internacional.<sup>40</sup>

La libre determinación y la igualdad, como elementos constitutivos de una norma única, conforman elementos complementarios e inseparables,<sup>41</sup> que deben ser garantizados a los pueblos indígenas en tanto titulares de este derecho y como deuda histórica.

El carácter como derecho humano de la libre determinación se reafirmó en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, donde se adoptó la Declaración y Programa de Acción de Viena.<sup>42</sup>

2. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho, determinan libremente su condición política y persiguen libre-

<sup>39</sup> Las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relacionadas son: la resolución 545 (VI), Inclusión en el pacto o los pactos internacionales de derechos del hombre un artículo sobre el derecho de libre determinación de los pueblos, del 5 de febrero de 1952, la resolución 1514 (XV), relativa a la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, del 14 de diciembre de 1960, la resolución 1541 (XV), “Principios que deben servir de guía a los Estados miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso E del artículo 73 de la Carta”, del 15 de diciembre de 1960, la resolución 2105 (XX), Aplicación de la Declaración sobre la concesión de la Independencia a los países y pueblos coloniales del 10 de diciembre de 1965, la resolución 2621 (XXV), Programa de actividades para la plena aplicación de la independencia a los países y pueblos coloniales, del 12 de octubre de 1970. Dichas resoluciones son consultables en: <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

<sup>40</sup> Cristescu, Aureliu, *op. cit.*, p. 9.

<sup>41</sup> Gros Espiell, Héctor, *Le droit à l'autodétermination. Application des résolutions de l'Organisation des Nations Unies*, cit., nota 38, documento E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1, p. 42.

<sup>42</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración y Programa de Acción de Viena, doc. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993. [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument).

mente su desarrollo económico, social y cultural. Habida cuenta de la situación particular de los pueblos sometidos a dominación colonial o a otras formas de dominación u ocupación extranjeras, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce el derecho de los pueblos a adoptar cualquier medida legítima, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, encaminada a realizar su derecho inalienable a la libre determinación.

La Conferencia considera que la denegación del derecho a la libre determinación constituye una violación de los derechos humanos y subraya la importancia de la realización efectiva de este derecho.

La finalidad del derecho de autodeterminación, como vemos, es permitir a los pueblos decidir por sí mismos sus destinos, dentro de un marco de igualdad y libertad que les dé acceso al ejercicio de los demás derechos correlacionados a la libre determinación, lo que no implica necesariamente la creación de un nuevo Estado. En el caso de los Estados multiculturales, se puede tratar también de un pacto, de un compromiso que se desarrolle al interior de la estructura del Estado, para que los diferentes pueblos que forman parte de él tengan la posibilidad de determinar su situación y garantizar su efectiva participación en los diferentes ámbitos del Estado.

El objetivo final e ideal es que la estructura de un Estado sea el resultado de los acuerdos de los pueblos que lo conforman, y que le preceden en el tiempo, en tanto que comunidades históricas.

### III. EN BUSCA DE UNA VÍA DE ACUERDO ENTRE EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y EL RESPETO A LA INTEGRIDAD DE LOS ESTADOS

Retomemos los puntos principales analizados hasta el momento. Por un lado, el derecho a la libre determinación es un derecho de los pueblos, es un derecho fundamental básico para el goce efectivo de otros derechos, es un derecho colectivo, en el que se expresan igualmente los derechos individuales de las personas que integran dicha colectividad. Por otro lado, este derecho debe aplicarse con todo el respeto a la integridad del Estado, ya que el derecho internacional consagra tanto el principio de libre determinación como el del respeto a la integridad territorial y política de los Estados, su soberanía.

Entonces, en el caso del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y ante algo que parece incompatible con los documentos e interpretaciones que hacen las Naciones Unidas de dicho principio, en

relación a la integridad de los Estados,<sup>43</sup> nos parece que el camino se llena de contradicciones, pues si los pueblos, en tanto tales, tienen el derecho a la libre determinación ¿Cómo se podría entonces conjugar ambos principios?, ¿esta norma internacional puede aplicarse fuera del proceso de descolonización, a las minorías étnico-culturales, consideradas finalmente como pueblos dentro de un concepto que podríamos llamar *evolucionado*? y ¿se podría considerar a este principio como base para la constitución de un Estado y no para su creación?<sup>44</sup>

En el tercer párrafo del artículo 2o. de la Declaración de Viena,<sup>45</sup> acorde con lo establecido en el derecho internacional, menciona la restricción principal al ejercicio de este derecho, el respeto a la integridad de los Estados.

Habremos de notar, sin embargo, que esta restricción esta sujeta a la *representatividad* que la *totalidad* del pueblo tenga, *sin distinción*. ¿Qué pasa entonces con un Estado de característica multicultural, que no se conduzca conforme a los principios de igualdad y de libre determinación?

Si los diferentes pueblos que lo conforman no están representados y por lo tanto la participación, la igualdad y el derecho a la autodeterminación se ven quebrantados, entendemos que en este caso, estos pueblos podrían acceder al ejercicio de este derecho sin restricción, en la medida que esta limitante está *condicionada* al respeto de los derechos humanos establecidos.

Con arreglo a la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, nada de lo anterior se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes que se conduzcan de conformidad con el principio de la igualdad de derechos y de la libre de-

<sup>43</sup> La resolución 1514, señala en el párrafo séptimo que “Todos los Estados deberán observar fiel y estrictamente las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y de la presente Declaración sobre la base de la igualdad, de la no intervención en los asuntos internos de los demás Estados y del respeto de los derechos soberanos de todos los pueblos y de su integridad territorial”. Aquí se mencionan a los pueblos, pero el texto lo hace en el sentido de los pueblos ya conformados en Estados. Asamblea General de Naciones Unidas, Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, doc. 1514 (XV) 14 de diciembre de 1960, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

<sup>44</sup> Pierré-Caps, “L'autodétermination: d'un principe de création de l'Etat à un principe de constitution de l'Etat”, en Audéoud, Olivier *et al.*, *L'État multinational et l'Europe*, Nancy, PUN, 1997, pp. 33 y ss.

<sup>45</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración y Programa de Acción de Viena*, *cit.*, nota 43.

terminación de los pueblos y estén, por tanto, dotados de un gobierno que represente a la totalidad del pueblo perteneciente al territorio, sin distinción alguna.

Al final de cuentas, autores como Théodore Christakis dejan en segundo término la discusión de que un grupo étnico sea o no calificado como pueblo para que pueda acceder a la libre determinación cuando subraya que:

[...] si un grupo étnico es deliberadamente excluido del proceso político de un Estado, del derecho de participación en la dirección de los asuntos públicos y del acceso a la función pública, nos encontramos entonces frente a una negación del derecho a la autodeterminación, sin que ese grupo sea necesariamente calificado como pueblo.<sup>46</sup>

Para designar un grado delimitado del goce del derecho a la autodeterminación, se ha manejado el término de autonomía como el ejercicio de este derecho, también se ha utilizado el término de autodeterminación interna, en oposición a la soberanía o autodeterminación externa, que ejerce un Estado frente a otro. Sin embargo, dicha división plasma un universo limitado del término pueblos que no está de acuerdo con la realidad, ya que deja fuera otras esferas de asociación y deja en una subcategoría a los pueblos indígenas.

### 1. *La autodeterminación constitutiva y continuada como fundamento de medidas de reparación*

La insistencia de la relación autodeterminación-independencia-secesión es equivocada, ya que los preceptos que configuran a la autodeterminación van más allá del proceso que tuvo por objeto la descolonización. Es un derecho que tiene numerosas “estratos de significación”<sup>47</sup>, y no todos estos estratos se *agotan* con el hecho de acceder a la independencia de acuerdo al principio *uti possidetis*.

Según el relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, las normas que llevaron al proceso de descolonización repre-

<sup>46</sup> Christakis, Théodore, *Le droit à l'autodétermination en dehors des situations de décolonisation*, la traducción es nuestra, Marseille, Centre d'Etudes et de Recherches Internationales et Communautaires, Université d'Aix-Marseille III, Monde Européen et International, pp. 509-510.

<sup>47</sup> Sélle, Marc. “Settling Self-determination conflicts: recent developments”, *European Journal of International Law*, vol. 20, núm. 1, febrero de 2009, p. 112.

sentan prescripciones reparativas, las cuales pueden diferir dependiendo del contexto, y no llevar exclusivamente a la formación de un nuevo Estado. Lo que sucedió es que este derecho entró en contradicción con los regímenes coloniales, y se dieron las consecuencias de reparación necesarias. Pero bien podría ser que la contradicción se presentara con otros contextos políticos,<sup>48</sup> como la violaciones históricas a los pueblos indígenas por las instituciones de los Estados en los que se encuentran así como la falta de representatividad y participación.

El relator explica el derecho de libre determinación en dos vertientes: por un lado, el carácter sustantivo de este derecho, que son los “principios que definen el estándar”<sup>49</sup> y, por otro, su carácter reparativo, que son las medidas que “pueden derivarse de la violación de este principio”.<sup>50</sup> Visto así, la libre determinación es por un lado un estándar de legimitidad política sustentado, como lo hemos anotado anteriormente, en la libertad y en la igualdad de los individuos que componen a todos los pueblos, que por lo tanto, no pretende el aislamiento ni la separación de un pueblo frente a otros, contrariamente a los temores ligados a este derecho. Estos valores son precisamente la sustancia del derecho a la libre determinación.

Ahora bien, el carácter sustantivo del derecho a la libre determinación radica, de acuerdo con James Anaya, en dos aspectos o elementos normativos, el *constitutivo* y el de *continuidad*,<sup>51</sup> lo cual determina la interpretación de este derecho fuera de las situaciones de colonización. Dichos aspectos son, por un lado, la cooperación, la voluntad de los individuos y de los pueblos para la *constitución* de un Estado y, por otro lado, la *continuidad* de esta participación en las diferentes políticas y proyectos estatales, que requiere “... el diseño de instituciones políticas ... que permita a la gente vivir y desarrollarse libremente de forma permanente”.<sup>52</sup> La representación que hace el relator Anaya, del derecho a la libre determinación, se aleja de la división, frecuentemente utilizada de *autodeterminación interna-autodeterminación externa*, la cual se sustenta en la interpretación limitada y/o dividida del término *pueblo*,<sup>53</sup> separándose igualmente de las diferentes categorías que pudiesen aludirse a este término.

De esta manera se rompe con la relación que se hace entre descolonización, secesión y libre determinación, que serían unas formas reparativas, no

<sup>48</sup> Anaya, James S., *op. cit.*, nota 36, p. 15.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 150.

<sup>50</sup> *Idem*.

<sup>51</sup> *Idem*.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 152.

<sup>53</sup> *Idem*.



la totalidad de ellas. Estas formas o normas reparativas, siguiendo el orden de ideas presentado, pueden ser la incorporación a otro Estado, la formación de una unión federativa, la autonomía *más o menos amplia*, la independencia y la formación de un nuevo Estado.

El carácter dinámico del derecho a la libre determinación reviste diferentes formas, que identificaríamos como *reparativas*, en las que pueda darse el goce del derecho a participar libremente en la vida política y de gozar de los derechos civiles, económicos, sociales y culturales fundamentales y está ligado estrechamente al proceso de desarrollo económico y social.

En este orden de ideas, los pueblos indígenas son actualmente reconocidos como sujetos de normas, tanto de carácter constitutivo como reparativo, de acuerdo al contenido del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Dichas prescripciones tienen su fundamento en la medida en que el derecho a la libre determinación de estos pueblos no ha sido respetado históricamente. Y para continuar con la misma lógica y temor tradicionales, estas prescripciones se encuentran limitadas expresamente, en el sentido de que no van encaminadas a la formación de Estados.

## 2. *La autonomía: un pacto de igualdad*

La autonomía se ha adoptado para denominar al pacto entre pueblos que pueda resultar en una forma que posibilite el ejercicio de este derecho, sin menoscabo de la integridad de los Estados. La autonomía indígena, como se reconoce ya en el derecho internacional, consiste en una serie de normas de carácter continuado y de carácter constitutivo del derecho de autodeterminación.

Como producto de esta participación, puede darse una Constitución elaborada en condiciones de igualdad con los representantes de los pueblos que componen al Estado. De esta manera, el pueblo puede, con esta libertad que promulga el derecho internacional, determinar por sí mismo lo que considere necesario para su existencia, ya que no se trata solamente de un problema de representatividad.

El derecho internacional contemporáneo, señala James Anaya, muestra que los principios establecidos como el del respeto a la integridad estatal, quedaría supeditada al respeto de los derechos humanos, que en caso de violaciones provocaría una fiscalización internacional que pudiese, incluso, aceptar como modo de reparación a la autodeterminación en su aplicación más amplia.<sup>54</sup>

<sup>54</sup> *Ibidem*, pp. 156-162.

#### IV. LA AUTODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, UN DERECHO LIMITADO Y EN EVOLUCIÓN: LA CONCLUSIÓN

El derecho a la libre determinación se encuentra todavía en estado de evolución y de transformación, como lo constatan los diversos estudios, declaraciones y resoluciones relativos al tema y que tratamos mínimamente en este artículo. Estos antecedentes constituyen actos de reconocimiento, lo que juega un papel de suma importancia en el orden internacional ya que posibilita la transformación de un Estado de hecho en uno de derecho. Después de este análisis vemos las razones por las cuales el derecho a la autodeterminación es complejo, ya que debido a sus características especiales, debe ser tratado en relación con el contexto político y social al que pueda referirse.

Para calmar los miedos sobre la posible balcanización de la comunidad internacional, los pueblos indígenas han declarado en múltiples ocasiones que no desean el desmembramiento del Estado al que pertenecen, sino el respeto y la posibilidad de, ahora sí, formar parte de manera real de la estructura del Estado, ejerciendo sus derechos como pueblos indígenas, en un plano de igualdad.

Como consecuencia de esta etapa de reconocimiento internacional, los pueblos indígenas se colocan en una posición que les debería permitir efectivamente acordar, sobre sus intereses y derechos, en un plano, supuestamente libertad e igualdad, pero la realidad nos muestra que sólo se trata de un reconocimiento restringido debido a los diferentes intereses de los Estados y de las grandes empresas, y la aún poca o nula consulta, previa e informada de los pueblos indígenas para los diferentes proyectos que se llevan a cabo en sus territorios.

La situación de los pueblos indígenas al interior de los Estados es muy clara, acaso ¿no es una situación de colonización la que han vivido los pueblos indígenas antes y después de la independencia y de la conformación de los Estados en los que ahora se encuentran? Los pueblos indígenas como tales tienen el derecho a la libre determinación como “...el fundamento esencial del reconocimiento y del ejercicio de los derechos humanos”<sup>55</sup>, y como tal, su ejercicio no debe ser restringido.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

ANAYA, James S., *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad. de Luis Rodríguez Piñero Royo, Madrid, Trotta, 2005.

<sup>55</sup> Resolución 8 A (XXVII) adoptada por la Comisión de derechos humanos en su 27a. sesión, citado en Cristescu, Aureliu, *op. cit.*, p. 1.

ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, “Inclusión en el pacto o los pactos internacionales de derechos del hombre de un artículo sobre el derecho de libre determinación de los pueblos”, Resolución 545 (VI), del 5 de febrero de 1952, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

———, “Derecho de los pueblos y de las naciones a la libre determinación”, Resolución 637 (VII), 16 de diciembre de 1952.

———, “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, Resolución 1514 (XV) 14 de diciembre de 1960, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

———, “Aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, Resolución 2105 (XX) 10 de diciembre de 1965, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

———, “Programa de actividades para la plena aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, Resolución 2621 (XXV) 12 de octubre de 1970, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>.

———, “Declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas”, Resolución 2625 (XXV), del 24 de octubre de 1970, <http://www.un.org/es/documents/ag/resga.shtml>

———, “Declaración y programa de acción de Viena”, documento A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, [http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.Sp?OpenDocument).

———, “Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, doc. A/RES/61/295, 10 de diciembre de 2007. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/512/10/PDF/N0651210.pdf?OpenElement>.

CALOGEROPOULOS-STRATIS, Spyros, “Fondement et évolution historique du droit des peuples à disposer d’eux-mêmes”, *Mélanges Marcel Bridel*, Lausanne: imprimeries réunies, 1968.

———, *Le droit des peuples à disposer d’eux-mêmes*, Bruselas, Bruylant, 1973.

CHRISTAKIS, Theodore, *Le droit à l’autodétermination en dehors des situations de decolonisation*, París, La Documentation Française, 1999.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, “Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales”, Doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8 2 de julio de 1993.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, OC-2/82, 24 de septiembre de 1982, Serie A, núm. 2. <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm>.
- CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, “Caso Sahara Occidental, avis consultatif”, Recueil d’arrêts, avis consultatifs et ordonnances, 1975, <http://www.icj-cij.org/docket/files/61/6195.pdf>.
- DE OBIETA CHALBAUD, José A., El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos, Madrid, Tecnos, 1989.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, 22a. ed., [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=integracion](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=integracion).
- GROS ESPIELL, Héctor, Le droit à l’autodétermination. Application des résolutions de l’organisation des Nations Unies, Nueva York, Naciones Unidas, documento E/CN.4/Sub.2/405/Rev.1. 1980.
- , “Los derechos humanos y el derecho a la libre determinación de los pueblos”, en GROS ESPIELL, H., *Estudio sobre derechos humanos I*, Caracas, Ediciones del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1985.
- , “No discriminación y libre determinación como normas imperativas de derecho internacional, con especial referencia a los efectos de su denegación sobre la legitimidad de los Estados que violan o desconocen esas normas imperativas”, GROS ESPIELL, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos I*, Caracas, Ediciones del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, 1985.
- JOUBE, Edmond, *Le droit des peuples*, 2a. ed, París, P.U.F. 1992, colección que sais-je?
- MARTÍNEZ COBO, José R., *Etude du problème de la discrimination à l’encontre des populations autochtones*, volume V Conclusions, propositions et recommandations, Organización de las Naciones Unidas, doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, Nueva York, 1987.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”, 1989, <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convenios.pdf>.
- PIERRE-CAPS, “L’autodétermination: d’un principe de création de l’Etat à un principe de constitution de l’Etat”, en Audéoud, Olivier *et al.*, *L’État multinational et l’Europe*, Nancy, PUN, 1997.
- SELLER, Marc, “Settling Self-determination conflicts: recent developments”, *European Journal of International Law*, Oxford, vol. 20, núm. 1, febrero de 2009.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1979*, 9a. ed. México, Porrúa, 1980.

TZITZIS, Stamatios, “Approche onto-axiologique des droits des minorités”, en PALLARD, Henri y TZITZIS, Stamatios, *Minorités, culture et droits fondamentaux*, París, Hamattan, 2001.

# IMPLEMENTACIÓN DE LA CONSULTA PREVIA EN COLOMBIA Y SU DEBATE ACTUAL. A PROPÓSITO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES\*

Xiomara L. ROMERO PÉREZ\*\*  
Alejandro ROSAS MARTÍNEZ\*\*\*

*Al doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes,  
por su entrega a la difusión del conocimiento y la  
enseñanza sobre los pueblos indígenas y afroame-  
ricanos*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La consulta previa como un derecho funda-  
mental en Colombia.* III. *Debate actual: alcances y efectividad del derecho  
fundamental a la consulta previa.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

\* El objetivo del presente trabajo es que a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional de Colombia se busca conocer cuál es el alcance y el contenido actual de la consulta previa en ese país, por lo cual se identificarán en las sentencias del tribunal constitucional los rasgos característicos de la consulta previa, así como las controversias que alrededor de este procedimiento se han generado.

En este texto se resalta el papel protagónico que ha tenido la Corte Constitucional colombiana en el desarrollo del deber estatal de realizar una consulta previa a los pueblos indígenas y tribales cuando se vayan a adoptar medidas administrativas o legislativas que puedan afectarlos, obligación que se desprende del Convenio 169 de la OIT ratificado por Colombia. Se reconstruye la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional que abrió la posibilidad para calificar la consulta previa como un derecho fundamental y se delimitan algunos aspectos de debate que constituirían importantes parámetros de comparación para países que como México son parte en el Convenio 169 de la OIT.

\*\* Magíster en derecho público de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derecho internacional público de la Universidad Nacional Autónoma de México y abogada de la Universidad Externado de Colombia (xiomara.romero@uexternado.edu.co).

\*\*\* Candidato a magíster en derechos humanos y democratización de la Universidad Externado de Colombia, especialista en derechos humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México y la Universidad de Castilla-La Mancha y licenciado en derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (alejandrosas33@yahoo.es).

## I. INTRODUCCIÓN

El Convenio 169, *sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, de la Organización Internacional del Trabajo<sup>1</sup> (OIT) se considera el principal referente internacional especializado<sup>2</sup> sobre la protección de los derechos y la integridad de los pueblos indígenas y, particularmente, de la consulta a éstos en aquello que les afecte directamente.

El Convenio 169 de la OIT establece, como una medida general, el deber de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados cuando se trate de medidas legislativas o administrativas que les afecte directamente. También, este instrumento internacional establece, como obligaciones específicas, el deber de los gobiernos parte de consultar a los pueblos interesados sobre: 1) prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras; 2) transmisión de los derechos sobre la tierra; 3) organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general; 4) programas y servicios de educación, y 5) medidas concernientes a la enseñanza a leer y escribir.

Frente a lo expuesto se deben precisar dos cosas. Primero, en el Convenio 169 de la OIT se establece la consulta como un deber a cargo de los gobiernos, pero no así como un derecho. El deber de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados tiene relación con derechos reconocidos por el mismo instrumento internacional como, por ejemplo, el derecho a participar en la adopción de decisiones (artículo 60); el derecho a los recursos naturales, que comprende la utilización, administración y conservación de éstos en sus tierras (artículo 15); los derechos sobre la tierra, que comprende la posesión, el uso, la enajenación y la transmisión de ésta (artículo 17); el derecho a la educación, que comprende la creación de las propias instituciones y medios de educación y la facilitación de recursos apropiados para ello (artículo 27), así como la relación de este derecho con el derecho al trabajo,

<sup>1</sup> El Convenio 169 de la OIT fue adoptado el 27 de junio de 1989 en Ginebra, Suiza, en el marco de la septuagésima sexta reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo y en vigor desde el 5 de septiembre de 1991. El Convenio 169 de la OIT es el resultado de la revisión del Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales de las misma organización, adoptado y en vigor en junio de 1957.

<sup>2</sup> “Ni la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni los pactos, ni la Convención sobre la Discriminación Racial se refieren específicamente a los derechos de los pueblos originarios y afrocolombianos”. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Antecedentes doctrinarios del derecho internacional público moderno: integracionismo e indigenismo de participación”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras. Convenio 169 de la OIT, Pueblos originarios y afroamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 9 y 10.

que comprende el acceso voluntario a programas de formación profesional de aplicación general (artículo 22), y en relación con los derechos de los niños, que comprende la enseñanza a leer y escribir en la lengua indígena o aquella que se hable en el grupo al que pertenecen (artículo 28).

Segundo, la expresión “pueblos interesados” en el Convenio 169 de la OIT se refiere, de acuerdo con el artículo 1o. de ese instrumento internacional: *i*) a los pueblos tribales que se distinguen de otros sectores de la colectividad nacional por sus condiciones sociales, culturales y económicas y que se rigen por sus costumbres o tradiciones o por una legislación especial, así como *ii*) a los pueblos indígenas.<sup>3</sup>

Ahora, como se puede observar, si el referente principal de carácter internacional sobre la protección de los derechos e integridad de los pueblos indígenas y tribales no reconoce a la consulta como un derecho de éstos, resulta relevante saber con qué fundamento jurídico se habla de un derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el derecho interno de algunos Estados, como Colombia. Es a partir de lo anotado que nos interesa exponer con el presente texto cómo el sistema jurídico de Colombia reconoció a la consulta como un derecho fundamental y cuál es el actual debate alrededor de este tema en ese país, cuyo eje rector han sido los derechos e integridad de los pueblos indígenas.

Por lo anterior, el presente texto está dividido en dos partes. En la primera parte se examinará cómo el derecho a la consulta se reconoció en el sistema jurídico colombiano como un derecho fundamental. En la segunda parte se analizarán los efectos y alcances ya reconocidos a la consulta como derecho fundamental y, sobre todo, se expondrán algunas interrogantes que aún no han sido resueltas en el ordenamiento jurídico colombiano frente a este tema.

## II. LA CONSULTA PREVIA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL EN COLOMBIA

Este apartado tiene como propósito poner de presente cómo la consulta previa fue incorporada como un derecho fundamental en el sistema jurídi-

<sup>3</sup> Convenio 169 de la OIT, artículo 1o.: “1. El presente Convenio se aplica: *a*) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen 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*) a los pueblos en países independientes, 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 la colonización, o del 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. [...]”.



co colombiano. En específico se expondrá y analizará 1) la ausencia de una referencia expresa del citado derecho en el texto de la Constitución, 2) el bloque de constitucionalidad como fundamento del derecho a la consulta previa en el sistema jurídico colombiano, 3) los alcances del derecho a la consulta previa y 4) las razones por las que la consulta previa se reconoció como un derecho de los pueblos indígenas en Colombia.

### *1. Texto de la Constitución Política de Colombia*

La Constitución Política de Colombia es relativamente reciente, pues data del año de 1991. Dentro de su contenido se pueden identificar claramente dos partes: una dogmática y otra orgánica. La parte dogmática de la Constitución tiene un rico catálogo de derechos humanos, que incluye derechos de todas las generaciones; sin embargo, en el texto constitucional no hay ninguna disposición que refiera expresamente el derecho fundamental a la consulta previa.

La expresión “consulta” se reitera en el texto de la Constitución colombiana, pero en relación con otras figuras constitucionales, como, por ejemplo, la consulta popular, figura que es un mecanismo de participación democrática que tiene sustento en el derecho a participar de los ciudadanos para el ejercicio y control del gobierno y del poder político (artículos 40, 100, 103, 104, 105, 107, 241 y 291), y que es distinta de la consulta previa.

Igualmente, en la Constitución existe una mención al deber de consulta que el Estado tiene respecto de los intereses de la comunidad y del afectado tratándose de la indemnización previa por expropiación (artículo 58). De esta disposición pareciera que por el hecho de que la indemnización debe ser previa, también debe serlo la consulta a la que se refiere; sin embargo, de nueva cuenta no se trata de consulta previa ni está dirigido especialmente a las comunidades indígenas o a algún grupo étnico nacional.

Asimismo, el texto constitucional al referirse a las reglas sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas y al gobierno de éstas tampoco hace referencia alguna a la consulta previa como un derecho de los pueblos indígenas o tribales. No obstante, en esas reglas se establece el deber del Estado de propiciar la participación de las comunidades indígenas tratándose de la conformación de las entidades territoriales indígenas y la explotación de los recursos naturales en sus territorios (artículos 329 y 330).

Por consiguiente, ¿cómo es que en Colombia se habla del derecho fundamental a la consulta previa sin que exista un fundamento expreso en el texto constitucional?

Pues bien, de acuerdo con Carlos Bernal, los derechos fundamentales son una especie del género derechos jurídicos subjetivos y guardan ciertas propiedades esenciales de naturaleza formal y material que les dan el carácter de fundamental. Las propiedades materiales corresponden con las facultades básicas que caracterizan a la persona en las teorías liberal, democrática y del Estado social. Esas propiedades básicas son a su vez esenciales del ser humano en razón de su dignidad humana, sin las que no podría desarrollar una vida digna, por lo que deben ser protegidas por los derechos fundamentales.<sup>4</sup> Las propiedades formales más aludidas se refieren a la inclusión del derecho al sistema jurídico para darle el carácter de fundamental ya sea mediante i) la inclusión de éste en el capítulo de derechos fundamentales de la Constitución, ii) la inclusión del derecho en la Constitución, iii) su inclusión en una fuente formal diferente a la Constitución, pero a la que ésta remita, o iv) el reconocimiento que la jurisprudencia constitucional haga del derecho.<sup>5</sup>

En ese sentido, como ya anotamos, la Constitución de Colombia de 1991 no contiene en su texto el derecho a la consulta previa; sin embargo, este derecho fue incorporado a través de la figura del bloque de constitucionalidad, es decir, mediante la tercera propiedad formal de los derechos fundamentales que trata Carlos Bernal. Veamos.

## 2. *Bloque de constitucionalidad*

El bloque de constitucionalidad en Colombia se refiere a las normas de rango constitucional que no aparecen de forma expresa en el texto de la Constitución, pero que por mandato expreso o tácito de esta última tienen i) su misma fuerza normativa o ii) constituyen parámetros de control e interpretación constitucional.<sup>6</sup> En el tema de derechos humanos, el artículo 93 de la Constitución colombiana es el fundamento principal del bloque de constitucionalidad:

<sup>4</sup> Bernal Pulido, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, pp. 51-54.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 21 y 22.

<sup>6</sup> De acuerdo con Catalina Botero, “El concepto de bloque de constitucionalidad hace referencia a normas de rango o jerarquía constitucional que no aparecen directamente en el texto de la Constitución Política, pero que por mandato expreso o tácito de ésta última, tienen, para todos los efectos, su misma fuerza normativa (bloque en sentido estricto) o constituyen parámetros de control e interpretación constitucional (bloque en sentido amplio o lato)”. Botero Marino, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, 2006, p. 18.

Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados por Colombia (...)

Ahora bien, la Corte Constitucional en la sentencia SU-039 de 1997<sup>7</sup> señaló que la protección del derecho a la integridad de las comunidades indígenas en Colombia se garantiza y efectiviza mediante el ejercicio de otros derechos fundamentales, como, por ejemplo, el derecho a participar de los ciudadanos. Respecto del derecho a participar de los ciudadanos, el tribunal constitucional agregó que esa prerrogativa va más allá de la participación política, a partir de que Colombia es un Estado social organizado como una República participativa (artículo 1o.) y tiene como uno de sus fines esenciales el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que les afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación” (artículo 2o.).

En esa oportunidad, la Corte Constitucional precisó que el derecho fundamental a participar de las comunidades indígenas, consagrado en el artículo 330 de la Constitución, se refuerza con el Convenio 169 de la OIT (aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991),<sup>8</sup> que hace parte del sistema jurídico colombiano y que, de conformidad a lo señalado en los artículos 93 y 94<sup>9</sup> constitucionales, junto con el artículo 40, numeral 2, constitucional y otras disposiciones de la Constitución (artículos 1o., 2o., 330, entre otras) hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo que permite asegurar y hacer efectiva dicha participación como un derecho fundamental consistente en la participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones que les afecten. Es así que la participación de los pueblos indígenas a través del mecanismo de la consulta en las decisiones que pueden afectarlos directamente adquiere formalmente la connotación de derecho fundamental en el sistema jurídico colombiano.

<sup>7</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>8</sup> Ley 21 de 1991, *por medio de la cual se aprueba el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O. I. T., Ginebra 1989*, publicada en el *Diario Oficial* núm. 39 720, año CXXVII, del 6 de marzo de 1991, pp. 1-4.

<sup>9</sup> Constitución Política de Colombia, artículo 94: “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

Asimismo, en esa sentencia, el tribunal constitucional señaló que de los artículos 40, numeral 2, y 330, de la Constitución en relación con las normas del Convenio 169 de la OIT (artículos 5o., 6o. y 7o.) que aseguran la participación, se concluye que “la institución de la consulta a comunidades indígenas que pueden resultar afectadas... comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquellas y las autoridades”.

Fue esta la primera oportunidad en que la jurisprudencia constitucional en Colombia abordó el tema de la consulta previa en el marco de los derechos fundamentales, y a partir de la cual la Corte Constitucional ha sostenido, en reiteradas oportunidades, que la consulta previa a los pueblos indígenas es un derecho fundamental de éstos.

### 3. *Contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa*

Retomando la sentencia SU-039 de 1997 de la Corte Constitucional, la consulta previa a los pueblos indígenas conlleva relaciones de comunicación y entendimiento que como directrices buscan: i) que *tengan un conocimiento pleno* sobre las medidas o proyectos en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como de los mecanismos, los procedimientos y las actividades requeridas para su ejecución; ii) que *estén enteradas e ilustradas* sobre la forma de ejecución de las medidas o proyectos y de las afectaciones o menoscabo que se pueden generar a su cohesión social, cultural, económica y política, siendo esto último el elemento que las hacen subsistir y que los caracteriza como grupo humano singular; iii) que *tengan la oportunidad libre y sin interferencias*, mediante convocación a sus integrantes o representantes, *de valorar las ventajas y desventajas* de las medidas o proyectos sobre la comunidad misma y sus miembros; iv) que *sean oídas* las inquietudes y pretensiones que presenten respecto de la defensa de sus intereses; y v) que *puedan pronunciarse* sobre la viabilidad o no de las medidas y proyectos.<sup>10</sup> Además de esas directrices, el tribunal constitucional señaló que la consulta previa a los pueblos indígenas conlleva a: vi) que se presenten “fórmulas de concertación y acuerdo” con las comunidades, vii) que esas fórmulas resulten en una manifestación de su conformidad o no y viii) que tal manifestación sea dada por sus representantes autorizados.

En sentencias más recientes, la Corte Constitucional ha agregado que la consulta previa como derecho fundamental de los pueblos indígenas establece otras reglas que se derivan del Convenio 169 de la OIT, tales como:

<sup>10</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 7.

que se realice de forma previa cuando se trate de medidas que les generen una afectación directa, es decir, específicamente a ellas;<sup>11</sup> que se encuentre sujeta al principio de la buena fe;<sup>12</sup> que se realice con procedimientos apropiados a las circunstancias; que debe estar precedida de un trámite preconsultivo;<sup>13</sup> que el consentimiento sea claro, libre e informado;<sup>14</sup> y que evite la afectación irreversible de las prácticas tradicionales que formen sus modos particulares de subsistencia como grupos diferenciados.<sup>15</sup>

En ese orden de ideas, es así que la consulta a los pueblos indígenas como un derecho fundamental va más allá de una simple intervención en la actuación administrativa que propende asegurar el derecho de defensa de quienes serán afectados por una medida de gobierno.<sup>16</sup>

Por consiguiente, los pueblos indígenas deben tener una participación activa y efectiva en la toma de decisiones que deba efectuar la autoridad del Estado y que les afecte directamente a aquéllos. La participación en la toma de decisiones debe ser lo más acordada y concertada y, para el caso de que así no fuese posible, la decisión de la autoridad estatal debe ser razonable, objetiva y proporcionada a la finalidad constitucional que exige la identidad diferenciada de esos pueblos, es decir, debe estar desprovista de arbitrariedad o autoritarismo.<sup>17</sup>

Y, ¿cuándo no es una consulta previa? De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, no tiene el valor de consulta la mera información o notificación que se hace a un pueblo indígena sobre las medidas o proyectos que les conciernen.<sup>18</sup>

Cabe señalar que, de acuerdo con el Tribunal Constitucional colombiano, la consulta previa al tiempo que es un derecho fundamental de los pueblos indígenas también genera deberes para el Estado, entre los que se encuentra el de realizar los trámites idóneos y eficaces para que la participación de aquéllos sea efectiva con base en su identidad diferenciada.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-187 del 16 de marzo de 2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>12</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-030 del 23 de enero de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>13</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>14</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-382 del 22 de mayo de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>15</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 13.

<sup>16</sup> Corte Constitucional, *op. cit.*, nota 7.

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

<sup>18</sup> *Idem.*

<sup>19</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 11.

#### 4. *Consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas*

Pasemos ahora a otro interrogante, ¿por qué la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas en Colombia? Una respuesta a esta pregunta es que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales”,<sup>20</sup> ya que la protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados.<sup>21</sup>

Por tanto, del pueblo indígena como sujeto de derecho es necesario preservar su identidad e integridad étnica, social, económica y cultural, así como asegurar su subsistencia como grupo social,<sup>22</sup> de manera tal que se protejan derechos fundamentales como el derecho a la vida (artículo 11) y a la integridad étnica, cultural y social (artículo 12), en el marco de los deberes constitucionales como, por ejemplo, los de protección de la diversidad étnica y cultural (artículo 7o.) y protección de las riquezas culturales (artículo 8o.) de la Nación colombiana, tal y como lo dicta la Constitución Política de 1991.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 7.

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-380 del 13 de septiembre de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 7.

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-342 del 27 de julio de 1994, M. P. Antonio Barrea Carbonell.

Lo expuesto pone en evidencia cómo el Estado colombiano justificó el carácter de derecho fundamental de la consulta previa a partir de la interpretación del juez constitucional, sin que sea necesario que este derecho esté expreso en el texto de la Constitución.

### III. DEBATE ACTUAL: ALCANCE Y EFECTIVIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

Este apartado tiene como propósito poner de presente algunas discusiones actuales respecto del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia, controversias que marcan el futuro de este derecho y la efectividad que podría tener el mismo. En específico, se han seleccionado tres temas de análisis en torno a la consulta previa: *a)* ampliación del sujeto activo, *b)* evaluación sobre las restricciones del derecho y *c)* carácter vinculante de la consulta previa.

#### 1. *Ampliación del sujeto activo del derecho fundamental a la consulta previa*

Como ya se mencionó, el Convenio 169 de la OIT tiene como objetivo la protección de los derechos y la integridad de los pueblos indígenas y tribales de los países parte.<sup>24</sup> Desde esta perspectiva, al ratificar el Convenio,<sup>25</sup> el Estado colombiano se obligó a brindar una especial protección a los pueblos indígenas que habitan en su territorio puesto que, hasta ese momento, Colombia no había reconocido ningún pueblo tribal.

No obstante, desde el año 2001,<sup>26</sup> la Corte Constitucional colombiana empezó a construir una línea jurisprudencial, según la cual, los pueblos indígenas no serían los únicos titulares del derecho fundamental a la consulta previa. En efecto, la primera evidencia que encontró la Corte Constitucional para ampliar la titularidad del derecho a la consulta previa en Colombia fue el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991.<sup>27</sup> De acuerdo con esta disposición, el Estado colombiano debía reconocer la propiedad colectiva de las comunidades negras ubicadas en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, en razón de que estas comunidades

<sup>24</sup> Consideraciones preliminares y artículo 1o. del Convenio 169 de la OIT.

<sup>25</sup> Colombia ratificó el Convenio 169 de la OIT el día 7 de agosto de 1991.

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-169 del 14 de febrero de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>27</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-955 del 17 de octubre de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis.

venían ocupando y explotando esas tierras baldías de acuerdo con sus prácticas tradicionales.<sup>28</sup>

Además, la Ley 70 de 1993 desarrolló el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia. Esta ley definió en el numeral 5 del artículo 2o. la expresión *comunidades negras* como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbre (*sic*) dentro de la relación compo (*sic*)-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”.

Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional ha destacado que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace a causa de su raza, es decir, en razón de su color de piel, sino con fundamento en que son un grupo étnico cuya identidad debe ser protegida.<sup>29</sup>

Así las cosas, de la interpretación de la disposición constitucional, en conjunto con la ley que la desarrolla, la Corte Constitucional interpretó que la Constitución colombiana de 1991 había hecho un reconocimiento implícito del carácter tribal de las comunidades negras, acorde con la definición de pueblo tribal contenida en el Convenio 169 de la OIT, según la cual los pueblos tribales tienen unas “condiciones sociales culturales y económicas [que los distinguen] de otros sectores de la colectividad nacional, y [además, están regidos] total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial”.

En este sentido, la Corte Constitucional colombiana precisó que las comunidades negras son un pueblo tribal debido a que comparten rasgos culturales y sociales que los diferencien de otros sectores de la población (criterio objetivo), y existe una identidad que le permite a sus individuos identificarse como miembros del grupo (criterio subjetivo).<sup>30</sup>

De lo expuesto hasta aquí se desprende que, en Colombia, los pueblos indígenas y las comunidades negras son titulares del derecho fundamental a la consulta previa. Los primeros en virtud de la mención expresa del Convenio 169 de la OIT, entre otros fundamentos normativos,<sup>31</sup> y los segundos a causa de una interpretación jurisprudencial hoy consolidada.

<sup>28</sup> *Ibidem* (consideración 4.1.).

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-461 del 14 de mayo de 2008, M. P. Manuel José Cepeda.

<sup>30</sup> La Corte Constitucional de Colombia reitera estos criterios en fallos recientes como en la sentencia C-915 del 16 de noviembre de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota, 11.

<sup>31</sup> Otros fundamentos jurídicos son el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia y el Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro (además véase *supra* D) Consulta previa como un derecho fundamental de los pueblos indígenas).



Sin embargo, la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia no es tan clara como hasta ahora se ha presentado puesto que, desde el año 2001, los enunciados de las sentencias de la Corte Constitucional relacionan la consulta previa con los pueblos indígenas y *los grupos étnicos*, a pesar de que en el contenido de los pronunciamientos alude únicamente a los pueblos indígenas y a las comunidades negras. Bajo este panorama, surgen dos inquietudes. La primera inquietud es: ¿cuál es la razón para hacer una distinción entre pueblos indígenas y grupos étnicos, si la expresión grupos étnicos es el género y por tanto incluiría a los pueblos indígenas?, una posible respuesta es que dicha redacción o presentación busca armonizar las expresiones utilizadas en el ámbito interno con aquellas contenidas en el Convenio 169 de la OIT, el cual clasifica a los pueblos a los que se aplicará el Convenio, en pueblos indígenas y tribales.

La segunda inquietud es más interesante aún: ¿por qué emplear la expresión pueblos indígenas y grupos étnicos cuando, en realidad, las consideraciones de las sentencias se limitan a los pueblos indígenas y a las comunidades negras y no a todos los grupos étnicos de Colombia?, en este punto cabe recordar que, en Colombia, existen otros grupos étnicos reconocidos<sup>32</sup> como las comunidades raizales,<sup>33</sup> palenqueras y el pueblo ROM o gitano; incluso, es necesario enfatizar que, en lo que respecta a grupos étnicos, el Departamento Nacional de Planeación de Colombia distingue las comunidades afrocolombianas y las comunidades negras,<sup>34</sup> aun cuando otros órganos del Estado como la Corte Constitucional emplee sin distinción dichos términos en algunos de sus pronunciamientos.<sup>35</sup>

De allí que se concluya que el tema de la titularidad del derecho fundamental a la consulta previa en Colombia continúa en construcción debido a que, en el futuro, este derecho podría extenderse a algunos o a todos los

<sup>32</sup> Sobre los grupos étnicos en Colombia, consúltase el portal web del Departamento Nacional de Planeación: <http://www.dnp.gov.co/Programas/DesarrolloTerritorial/OrdenamientoyDesarrolloTerritorial/Grupos%C3%89tnicos.aspx> (página consultada el día 29 de noviembre de 2011).

<sup>33</sup> Por ejemplo, en el tema de circunscripción especial electoral hay referencias expresas a las comunidades raizales. Véanse, Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-530 del 11 de noviembre de 1993, M. P. Alejandro Martínez Caballero, sentencia T-174 del 4 de mayo de 1998, M. P. Alejandro Martínez Caballero y sentencia C-1022 del 16 de diciembre de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

<sup>34</sup> En este texto empleamos el término comunidades negras en razón de lo señalado en la Ley 70 de 1993 y lo indicado en la página oficial del Departamento Nacional de Planeación de Colombia.

<sup>35</sup> Lo que se refleja en las siguientes sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, sentencia C-745 del 14 de septiembre de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, y *op. cit.*, nota 30, entre otros pronunciamientos.

grupos étnicos de Colombia o, por qué no, a otros grupos sociales de ese país, siempre y cuando dichos grupos se califiquen como pueblos tribales en razón de los criterios objetivo y subjetivo identificados por la Corte Constitucional con base en el texto del Convenio 169 de la OIT.

Sin duda, esta breve reflexión resulta interesante para México, en donde también está presente el multiculturalismo, ya que, al ratificar el Convenio 169 de la OIT el día 5 de septiembre de 1990,<sup>36</sup> el Estado mexicano también debería indagar sobre la posible existencia de pueblos tribales en su territorio para con ello otorgar el alcance debido al Convenio en cita.

## 2. *Evaluación sobre las restricciones del derecho fundamental a la consulta previa*

Como lo anotamos al inicio de este escrito, los Estados parte en el Convenio 169 de la OIT se obligaron, entre otros compromisos, a consultar a los pueblos indígenas y tribales sometidos a su jurisdicción sobre “cualquier medida legislativa o administrativa que los afecte directamente”. De este mandato se colige que, el Convenio 169 de la OIT no restringe la obligación de consulta previa de los Estados parte a determinados temas y tampoco delimita qué clase de medidas legislativas o administrativas deben consultarse a estos pueblos; simplemente, el Convenio obliga a los Estados parte a realizar una consulta previa cuando las medidas legislativas o administrativas que pretendan adoptar sus autoridades afecten de forma directa a los pueblos indígenas y tribales que estén bajo su jurisdicción.

En cuanto al alcance que se le ha otorgado a esta obligación, se considera que el caso colombiano podría ser un referente para otros países del continente, en especial, para el Estado mexicano. Veamos.

*Aparente restricción temática de la obligación de realizar la consulta previa.* De acuerdo con el artículo 330 de la Constitución Política de Colombia es necesario realizar una consulta previa a los pueblos indígenas cuando se va a efectuar una explotación de los recursos naturales ubicados en sus territorios, previsión normativa que se extendió a las comunidades negras en virtud del artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

Adicionalmente, la Ley 70 de 1993 de Colombia estableció que sería necesario realizar una consulta previa a las comunidades negras cuando: *i*) se fuera a determinar el manejo de las áreas de los Parques Nacionales, y personas de esa comunidad desarrollaran prácticas en esas zonas; *ii*) se

<sup>36</sup> Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación*, tomo CDXLVIII, núm. 17, 24 de enero de 1991, pp. 22-29.

fueran a establecer programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de esas comunidades, y *iii*) cuando se fuera a conformar la Unidad de Gestión de Proyectos para el apoyo de esas comunidades en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos.

Al lado de estas disposiciones normativas constitucionales y legales, numerosas sentencias de la Corte Constitucional vinculan el derecho fundamental a la consulta previa a temas ambientales y territoriales de los pueblos indígenas y de las comunidades negras.<sup>37</sup> Expresamente, en uno de sus pronunciamientos, la Corte Constitucional señaló: “[...] materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa”.<sup>38</sup>

Vistas así las cosas, podría concluirse que, en Colombia, el derecho fundamental a la consulta previa se restringe a temas vinculados al medio ambiente y a la delimitación de los territorios donde se asientan los pueblos indígenas y las comunidades negras,<sup>39</sup> pero ésta sería una idea errónea debido a que, aunque menos numerosos, la Corte Constitucional ha emitido fallos en los que aborda el derecho fundamental a la consulta previa frente a otros temas.

De manera que, la Corte Constitucional también ha sido enfática en señalar que la consulta previa “no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas —artículo 330— y al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas —artículo 329—, que fueron los expresamente previstos por la Constitución”.<sup>40</sup> Así, ha agregado que es necesario realizar un análisis de cada caso concreto para determinar si la consulta previa debe realizarse o no.

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-652 del 10 de noviembre de 1998, M. P. Carlos Gaviria Díaz, sentencia SU-383 del 10 de mayo de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis, sentencia C-620 del 29 de julio de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia C-245 del 16 de marzo de 2004, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia T-880 del 26 de octubre de 2006, M. P. Álvaro Tafur Galvis, sentencia T-769 del 29 de octubre de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla, sentencia T-547 del 10 de julio de 2010, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, y sentencia C-915 de 2010, *op. cit.*, nota 30.

<sup>38</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 13 (consideración 13.2.).

<sup>39</sup> Hurtado Mora, Jorge Iván, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites legislativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas”, en varios autores, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, t. VIII, pp. 166-189.

<sup>40</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-383 de 2003, *op. cit.*, nota 37.

Por ejemplo, en la sentencia C-208 de 2007,<sup>41</sup> la Corte Constitucional examinó la necesidad de realizar una consulta previa a los grupos étnicos para efectos de adoptar un sistema especial de educación del cual dichos grupos serían beneficiarios.<sup>42</sup> El pronunciamiento se originó por una acción pública de inconstitucionalidad contra el Decreto 1278 de 2002, por el cual se expide el Estatuto de Profesionalización Docente. En esa oportunidad, el accionante, miembro de un resguardo indígena, argumentaba que la norma era inconstitucional debido a que vulneraba el derecho a una formación educativa que respetara y desarrollara su identidad cultural, al incluir a los docentes de los grupos étnicos en el régimen general.

En sus consideraciones, la Corte Constitucional abordó el derecho fundamental a la consulta previa e incluyó algunas reflexiones expuestas en este texto. Al final, la Corte Constitucional determinó que el legislador incurrió en una *omisión legislativa relativa* al abstenerse de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas; por tanto, la Corte exhortó al legislador a regular la materia, garantizando los derechos a la diversidad étnica, la consulta previa y la educación especial de los grupos indígenas.

*Significado de la expresión: “cualquier medida legislativa”.* Del anterior recuento normativo, a propósito de los temas que se relacionan con la consulta previa, también se desprende que las medidas que se vinculan con la consulta previa son de carácter administrativo y que, por tanto, hay un silencio total en lo que respecta a las posibles medidas legislativas que requerirían este trámite.

La Corte Constitucional ha sido muy cuidadosa en este tema, debido a que las medidas legislativas, por regla general, involucran a todos los habitantes del Estado incluidos quienes integran los pueblos indígenas y las comunidades negras. Así que, en su análisis, la Corte es muy cuidadosa al determinar si la medida legislativa afecta directamente o no a este tipo de pueblos o comunidades.

Son varios los casos en los que la Corte Constitucional ha realizado un control de constitucionalidad sobre leyes que finalmente resultan inconstitucionales a causa de la omisión de la consulta previa;<sup>43</sup> sin embargo, en esta

<sup>41</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-208 del 21 de marzo de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>42</sup> Otro ejemplo es la sentencia C-615 del 2 de septiembre de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, mediante la cual la Corte Constitucional de Colombia abordó el tema de desarrollo integral y asistencia básica de la población indígena Wayuu frente a la necesidad de efectuar la consulta previa.

<sup>43</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-030 de 2008, *op. cit.*, nota 12, sentencia C-175 de 2009, sentencia C-175 de 2009, *op. cit.*, nota 35, y sentencia C-366 de 2011, *op. cit.*, nota 13.

ocasión, nos interesa destacar que la Corte Constitucional incluye dentro de las medidas legislativas frente a las cuales se debe examinar si se tenía el deber o no de realizar una consulta previa a: i) las leyes mediante las cuales se aprueban los tratados, para posteriormente ser ratificados por Colombia y ii) los actos legislativos de reforma constitucional.

En lo que atañe a las leyes aprobatorias de tratados internacionales, se tiene que el compromiso del Estado colombiano frente a los pueblos indígenas y a las comunidades negras es fuerte, debido a que la inclusión de estos grupos étnicos no sólo se presenta respecto de las leyes internas sino, también, frente a la política internacional del Estado. En este sentido, los resultados de una consulta previa o la omisión de este procedimiento podrían ser determinantes para que el Estado colombiano pueda ratificar o no un instrumento internacional.

Así, por ejemplo,<sup>44</sup> en la sentencia C-615 de 2009,<sup>45</sup> la Corte Constitucional declaró inexecutable la Ley 1214 de 2008 por medio de la cual se aprueba el Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela, debido a que no se “pretermiñó la realización de la consulta a las comunidades Wayúu, antes del sometimiento del proyecto de ley aprobatoria al Congreso de la República”.

De la misma forma, como se resaltó, dentro de las medidas legislativas, que, posiblemente, requieren de una consulta previa cuando se afecte directamente a los pueblos indígenas o a las comunidades negras, se incluyen las reformas constitucionales. Muestra de ello es la sentencia C-702 de 2010.<sup>46</sup> En este pronunciamiento la Corte Constitucional declaró inexecutable el inciso 8 del artículo 2o. del Acto Legislativo No. 1 de 2009 por el cual se modifican y se adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia, específicamente, esta disposición desarrollaba el tema de los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos, la disposición aludía al régimen excepcional para las circunscripciones de minorías étnicas. El fundamento de la decisión fue que la Corte constató la omisión del deber de consulta previa a las comunidades étnicas afectadas con la reforma

<sup>44</sup> Otros casos en los que se ha abordado el tema, pero con otros resultados, son las sentencias de la Corte constitucional: sentencia C-750 del 24 de julio de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, sentencia C-615 de 2009, *op. cit.*, nota 42, y sentencia 608 del 3 de agosto de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

<sup>45</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 42.

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-702 del 6 de septiembre de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Otro ejemplo es la sentencia C-36 de 11 de mayo de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, de la Corte Constitucional de Colombia.

constitucional, situación que en el ordenamiento jurídico actual constituye un “vicio procedimental que se proyecta sustancialmente”.

### 3. *Vinculación de la consulta previa*

La Corte Constitucional colombiana ha realizado un gran esfuerzo por regular el proceso mediante el cual se deben realizar las consultas previas. Por ello ha identificado etapas que se deben agotar para la realización adecuada de una consulta previa.<sup>47</sup> En términos generales esas etapas podrían resumirse en dos grandes pasos. El primer paso es realizar un proceso pre-consultivo, esto es, un proceso previo de información y acercamiento con la comunidad en el cual se definan, de común acuerdo entre las autoridades y la comunidad, las bases del procedimiento participativo. El segundo paso es la realización de la consulta, la cual debe efectuarse de buena fe, es decir, sin influenciar el proceso de toma de decisión por parte de la comunidad, procurando alcanzar un acuerdo y de manera oportuna.

En cuanto al procedimiento, la Corte Constitucional también se ha ocupado de esclarecer cuáles serían los efectos de la omisión de una consulta previa. Al respecto, la Corte ha señalado que, al ser la consulta previa un derecho fundamental, quienes consideren vulnerado su derecho pueden acudir a la acción de tutela para exigir que se practique la consulta pretermitida.<sup>48</sup> Y, en el caso de las medidas legislativas, cualquier ciudadano podría interponer una acción pública de inconstitucional con el propósito de que la ley se retire del ordenamiento jurídico a causa de la omisión de la consulta previa. Sin embargo, es llamativo corroborar que ninguna de las sentencias de la Corte Constitucional ahonda en los efectos que tendrían las consultas previas cuando éstas sí se realizan.

La pregunta entonces es si el resultado que arroja una consulta previa vincula a las autoridades. En otras palabras, si el pueblo indígena o la comunidad negra expresan su desacuerdo con la medida que se pretende adoptar mediante una consulta previa ¿podría la autoridad respectiva poner en marcha o adoptar la medida?

Al respecto se debe recordar que el Decreto Ley 200 del 3 de febrero de 2003, modificado por el Decreto 4530 de 2008, asigna al Ministerio del Interior y de Justicia la competencia de coordinar interinstitucionalmente la

<sup>47</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-187 de 2011, *op. cit.*, nota 11, y sentencia C-366 de 2011, *op. cit.*, nota 13.

<sup>48</sup> Corte Constitucional, sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

realización de las Consultas Previas con los grupos étnicos sobre los proyectos que puedan afectarlos. Sin embargo, a la fecha no hay una reglamentación general de la consulta previa, por lo cual se aplica el Decreto 1320 de 1998 que regula la consulta previa con las comunidades negras e indígenas para efectos de la explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios.<sup>49</sup>

De este Decreto se resaltan dos disposiciones:

Artículo 5o. Participación de las comunidades indígenas y negras en la elaboración de los estudios ambientales. [...] En caso que los representantes de las comunidades indígenas y/o negras se nieguen a participar, u omitan dar respuesta dentro de los términos antes previstos, el interesado elaborará el estudio ambiental prescindiendo de tal participación.

Artículo 13. Desarrollo de la reunión. En la reunión de consulta se seguirá el siguiente procedimiento: [...]

e) En caso de no existir acuerdo respecto de las medidas contenidas en el Plan de Manejo Ambiental, se dará por terminada la reunión dejando en el acta constancia expresa de tal hecho y la autoridad ambiental competente decidirá sobre el particular en el acto que otorgue o niegue la licencia ambiental;

f) Si cualquiera de las comunidades indígenas o negras involucradas no asiste a la reunión de consulta, deberá justificar su inasistencia ante la autoridad ambiental, dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha programada para su celebración. En caso de que no exista justificación válida se entenderá que se encuentra de acuerdo con las medidas de prevención, corrección, mitigación, control o compensación de los impactos que se le puedan ocasionar [...]

Según se desprende del Decreto 1320 de 1998, la autoridad ambiental, independientemente del resultado de la consulta previa, es la encargada de decidir si la medida ambiental se implementa o no. No obstante, es pertinente poner de presente que la Corte Constitucional ha señalado en estos casos que

[...] cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural

<sup>49</sup> Cfr. Departamento Nacional de Planeación, República de Colombia, *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (Documento de trabajo interno)*, Bogotá, marzo de 2011, visible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Grq2aX7b9gU%3d&tabid=273> (página consultada el 30 de noviembre de 2011).

y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.<sup>50</sup>

En consecuencia, la decisión que adopte la autoridad debe considerar siempre el resultado de la consulta previa y, de no haberse logrado un acuerdo e implementarse la medida, ésta debe ser objetiva, razonada y proporcional.<sup>51</sup>

Esta experiencia colombiana de los aspectos desarrollados y de las fallencias que aún se tienen sobre la regulación de la consulta previa, bien pueden servir a otros Estados, que, como en caso mexicano, también se encuentran comprometidos con la protección y la garantía de los grupos étnicos.

#### IV. CONCLUSIONES

En Colombia la consulta previa es considerada actualmente un derecho fundamental de los pueblos indígenas y de las comunidades negras en virtud de una interpretación sistemática de instrumentos internacionales y normas constitucionales realizada por la Corte Constitucional.

El Tribunal Constitucional colombiano empleó la figura de bloque de constitucionalidad para otorgar rango constitucional al Convenio 169 de la OIT. Así, de las obligaciones que se desprenden de ese Convenio, en particular el deber de consulta de los Estados parte, junto con la caracterización del Estado social de derecho colombiano, como un Estado pluriétnico y multicultural, se estructuró el derecho fundamental a la consulta previa.

Bajo esta categoría normativa, la Corte Constitucional ha desarrollado los rasgos característicos de la consulta previa y los efectos que podrían presentarse al omitir este procedimiento. Con base en el inciso *a* del artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT, el Tribunal Constitucional colombiano ha reivindicado la realización de la consulta previa en Colombia frente a cualquier medida administrativa o legislativa que afecte directamente a los pueblos indígenas o a las comunidades negras, declarando inconstitucionales, si es del caso, leyes aprobatorias de tratados internacionales y reformas

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, *op. cit.*, nota 11 y nota 42.

<sup>51</sup> Algunos apartes sobre una entrevista realizada a dos funcionarios de la División Jurídica del Ministerio del Medio Ambiente a propósito de este tema pueden consultarse en Peña Ramos, Rocío del Pilar y Téllez Bareño, Diana Julieth, *Un cambio jurídico y mental: derechos fundamentales colectivos*, tesis de licenciatura, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2004, pp. 111-114.



constitucionales a causa de la omisión o la indebida realización de la consulta previa.

La configuración jurisprudencial del derecho fundamental a la consulta previa deja algunos vacíos como la posible ampliación de la titularidad de este derecho a otros grupos étnicos colombianos o la determinación del carácter vinculante de la consulta previa cuando ésta se lleva a cabo. Sin embargo, los aportes de la Corte Constitucional colombiana al tema de consulta previa constituyen un parámetro digno de ser considerado por otros ordenamientos jurídicos.

A las autoridades colombianas se les hace un llamado para regular por vía legislativa el tema de consulta previa, atendiendo los derroteros establecidos por la Corte Constitucional y lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT.

A las autoridades mexicanas se les invita a considerar las experiencias de otros países para nutrir la regulación nacional de la consulta previa y así garantizar a los propios pueblos indígenas y los posibles pueblos tribales, la debida aplicación del Convenio 169 de la OIT.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BERNAL PULIDO, Carlos, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.
- BOTERO MARINO, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, República de Colombia, *Apuntes sobre la consulta previa con grupos étnicos (Documento de trabajo interno)*, Bogotá, marzo de 2011, visible en: <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=Grq2aX7b9gU%3d&tabid=273> (página consultada el 30 de noviembre de 2011).
- HURTADO MORA, Jorge Iván, “La consulta previa como requisito obligatorio dentro de trámites legislativos cuyo contenido pueda afectar en forma directa a comunidades indígenas”, en varios autores, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, t. VIII.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras. Convenio 169 de la OIT, Pueblos originarios y afroamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

PEÑA RAMOS, Rocío del Pilar y TÉLLEZ BAREÑO, Diana Julieth, *Un cambio jurídico y mental: derechos fundamentales colectivos*, tesis de licenciatura, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, 2004.

Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, *www.corteconstitucional.gov.co*.



LA GARANTÍA DEL DERECHO A LA CONSULTA  
Y AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO  
DE PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS.  
UNO DE LOS PENDIENTES DEL ESTADO MEXICANO\*

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ\*\*

Patricia BASURTO GÁLVEZ\*\*\*

Al doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, por su lucha incansable y congruente por hacer efectivos los derechos de los pueblos originarios

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El reconocimiento internacional de los derechos a la consulta y participación de pueblos y comunidades originarios*. III. *Bases jurídicas sobre la participación y consulta en México*. IV. *Análisis de la iniciativa de Ley General del Derecho a la Consulta y al Consentimiento Libre, Previo e Informado de los Pueblos y Comunidades*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Fuentes consultadas*.

## I. INTRODUCCIÓN

El contenido teórico de la exclusión social se ha resignificado a través de las diversas etapas del capitalismo, pero con mayor intensidad desde el colapso

\* Este trabajo se realizó en el marco del Proyecto Fonciyt 095255, “Conservación, desarrollo, aprovechamiento social y protección de los conocimientos y recursos tradicionales en México”, adscrito al Seminario de Investigación sobre Sociedad del Conocimiento y Diversidad Cultural, Secretaría de Desarrollo Institucional, UNAM. No obstante, el contenido del mismo es responsabilidad únicamente de las autoras.

\*\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; doctora en derecho, programa “Derecho Ambiental”, Universidad de Alicante, [marisol\\_angles@yahoo.com.mx](mailto:marisol_angles@yahoo.com.mx).

\*\*\* Académica en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; maestra en derecho por la UNAM, [patybasjur@gmail.com](mailto:patybasjur@gmail.com).

del socialismo real, a partir del último cuarto del siglo XX,<sup>1</sup> periodo que converge con la ideología del neoliberalismo, la cual prohíbe a los gobiernos asumir actitudes intervencionistas y se orienta hacia la homogeneización cultural; esto es, la eliminación de las diferencias culturales.<sup>2</sup> Frente a la globalización se ha requerido de un mayor reconocimiento por parte de los Estados, de derechos de distinta índole, ya que hoy se acentúa la diversidad cultural,<sup>3</sup> que siempre ha estado ahí, pero que poco nos hemos detenido a analizar sobre la importancia e incidencia de ésta en las relaciones sociales, económicas y jurídicas. Dicha riqueza cultural implica pluralidad y variedad a nivel mundial en las diferentes áreas del conocimiento, las cuales, a su vez, coexisten y existen en constante interacción.

En este contexto, el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado de pueblos y comunidades originarios cobra una relevancia especial; particularmente para nuestro país ya que se ubica entre los primeros cinco lugares en el mundo en diversidad lingüístico-cultural, nada menos que con 62 grupos étnicos.<sup>4</sup> El porcentaje nacional de la población hablante de lenguas indígenas representaba, en 2005, el 6.7% del total.<sup>5</sup> Aunado a ello, tenemos que México es considerado un país megadiverso, ya que alberga en su territorio cerca del 12% de las especies animales y vegetales conocidas en el mundo,<sup>6</sup> muchas de ellas endémicas. Además, debemos considerar que, como resultado de la exclusión y discriminación históricas a las que han sido sometidos pueblos y comunidades originarios, se ha construido, heredado y mejorado el conocimiento tradicional de estos colectivos respecto de los recursos naturales, así como la protección y preservación de los ecosistemas que habitan; situación que ha despertado el interés de los capitales nacionales y extranjeros en materia de aprovechamiento de recursos y desarrollo económico.

<sup>1</sup> Cfr. Alvaer, Elmar, “Capitalismo mundializado”, *Revista Memoria*, México, núm. 134, abril de 2000, p. 18.

<sup>2</sup> Cfr. Ornelas Delgado, J., “Globalización neoliberal: economía, política y cultura”, *Globalización. Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, agosto de 2004, en [http://rcci.net/globalizacion/2004/jg457.htm#\\_ftn1](http://rcci.net/globalizacion/2004/jg457.htm#_ftn1).

<sup>3</sup> Véase en <http://www.foromexicanodelacultura.org/node/926>, consultada el 20 de junio de 2010.

<sup>4</sup> *Estrategia de Conservación para el Desarrollo, 2007-2012*, México, Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, 2007, p. 7.

<sup>5</sup> Cfr. INEGI, *Perfil sociodemográfico de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, 2008, p. 69.

<sup>6</sup> Cfr. Semarnat, *¿Y el medio ambiente? Problemas en México y en el mundo*, México, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2007, p. 63.

El desarrollo, como proceso social, debe estar vinculado a la expansión de las libertades y al ejercicio pleno de los derechos; de manera que urge la toma de conciencia colectiva de la amenaza que pesa sobre franjas desprotegidas de la población.<sup>7</sup> De conformidad con la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, tenemos que éste es entendido como un proceso global económico, social, cultural y político que tiende al mejoramiento constante del bienestar de toda la población y de todos los individuos sobre la base de su participación activa, libre y significativa en el desarrollo y en la distribución justa de los beneficios que de él se derivan. Así, el derecho al desarrollo es:

un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él (artículo 1o.).

Respecto a este derecho, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo elaboró el Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas en México, el cual muestra que este segmento de la población se encuentra en clara desventaja respecto de logros en salud, educación y, particularmente, oportunidades de generación de ingreso.<sup>8</sup>

Ante las desventajas documentadas, a nivel internacional se han creado diversos instrumentos jurídicos en donde se recogen principios reguladores sobre los derechos humanos y, en específico, el derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas, a fin de disminuir las desigualdades entre las distintas formas de ser y estar, como por ejemplo la Convención Americana sobre Derechos humanos (CADH); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD); el Pacto de las Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos (PDCP); el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>9</sup> y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>10</sup>

<sup>7</sup> Cfr. Paugman, S., “La constitution d’un paradigme”, en Paugam, Serge (ed.), *L’exclusion, l’état des savoirs*, París, La Découverte, 1996, p. 15.

<sup>8</sup> PNUD, *El Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas en México. El reto de la desigualdad de oportunidades*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010, p. 7.

<sup>9</sup> *Diario Oficial de la Federación*, México, 3 de agosto de 1990.

<sup>10</sup> Adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007.

En lo que hace al ámbito nacional, nuestra Constitución, en su artículo 2o., se refiere a la composición pluricultural que nos caracteriza como nación, la cual está sustentada en los 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...". Como puede leerse, algunas de las características de las comunidades indígenas tienen que ver con territorio, instituciones propias y cultura en general, lo que las hace distintas en relación con otros habitantes de un mismo Estado, por tanto, si aplicamos el principio aristotélico de justicia implica "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales"; por lo que no sólo basta con un reconocimiento dado desde el ordenamiento base de nuestra legislación, sino que es importante que sea eficaz, que sea llevado a la praxis y que sea viable el ejercicio de los derechos que emanan de nuestro sistema jurídico.

Con este sustento fue decretado el Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012, en el cual se establecen objetivos, estrategias y líneas de acción para promover el desarrollo y defensa de derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Entre los ejes de política pública encontramos el derecho al desarrollo con identidad; reconocimiento y valoración de la diversidad cultural y lingüística; la participación y consulta para una democracia efectiva; todo ello orientado a lograr una sociedad justa, incluyente e igualitaria.<sup>11</sup> Cabe mencionar que el desarrollo con identidad considera el fortalecimiento de capacidades de pueblos y comunidades indígenas, el respeto de sus derechos, el manejo sustentable de los recursos naturales y la participación en la toma de decisiones, así como la regularización de la tenencia de la tierra, el acceso al crédito y la asistencia técnica.<sup>12</sup>

Podemos considerar que la diversidad cultural es parte integrante del patrimonio de la humanidad, en sentido amplio. No nos referimos, en este caso, a la Declaración de patrimonio cultural de la humanidad, sino como una forma en que ésta se proyecta, es decir, a su cultura, que es distinta dependiendo de su ubicación geográfica, tradiciones, costumbres, lenguaje, formas de vida, etcétera, lo que en la actualidad resulta importante proteger, por razones de distinta naturaleza como las sociales, culturales, económicas, políticas, de identidad, etcétera. Sin duda, son muchas las justificaciones y

<sup>11</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012*, México, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2009.

<sup>12</sup> Patrinos, H. A. *et al.*, "Indigenous Peoples in Latin America: Economic Opportunities and Social Networks", *World Bank Policy Research*, Working Paper 4227, mayo de 2007, p. 2, en <http://ssrn.com/abstract=984619>.

los argumentos que se pueden dar a efecto de hacer efectivos los derechos que asisten a las comunidades indígenas, que no se debe reducir a un positivismo jurídico excluyente,<sup>13</sup> entendido sólo como el derecho dado por el legislador, sino que va más allá, se trata de incluir principios generales del derecho, por ejemplo.

La realidad siempre rebasa a los ordenamientos jurídicos de los Estados, por lo que, al surgir nuevas situaciones que ameritan el reconocimiento de ciertos derechos y hacer viable su ejercicio, resulta que hay conflictos que deben resolverse. En doctrina, cuando estamos frente a este tipo de situaciones, se dice que hay lagunas normativas, pues las nuevas conductas no se encuentran reguladas en las disposiciones existentes, y entonces habría que buscar la solución a los nuevos planteamientos y conflictos; ante estos vacíos en la ley es que se puede recurrir a la autointegración, que es una forma de solución dentro del ámbito de la propia fuente dominante que es la ley, lo que se traduce en un primer camino, que es la analogía, la cual implica la realización de operaciones por parte de los intérpretes del derecho (juristas y jueces en especial), a través de las cuales se atribuye a un caso o materia que no posee regulación expresa la aplicación de otras normas semejantes,<sup>14</sup> lo que permite la apreciación de una identidad de razón entre ambos, jurídicamente se aplica a un supuesto carente de regulación, la solución que el ordenamiento da, a otro similar.

Por otra parte tenemos los principios generales del derecho como forma de autointegración, las cuales se pueden "...obtener del examen de sistema jurídico en su conjunto o de una parte homogénea del mismo",<sup>15</sup> por lo que cabe la posibilidad de que dichos principios sean considerados como reglas de carácter general en sentido amplio, y se encuentra en el ordenamiento positivo, por lo tanto no se trasciende a éste, sino se integra el ordenamiento a través de ellos, sirviendo de guía a la conducta humana.

Bobbio señala otra forma en que puede solucionar una laguna de la ley que se le ha denominado sistema de heterointegración,<sup>16</sup> que consiste en recurrir a:

a) Fuentes jurídicas como el derecho natural o la equidad;

<sup>13</sup> Cfr. Campbell, Tom, "El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como derecho humano", *DOXA*, Alicante, núm. 27, 2004, en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23580629871225075243679/028042.pdf>.

<sup>14</sup> Cfr. Silva Abbott, Max, "Bobbio y el problema de las lagunas del derecho", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2005, p. 258.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 249.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 223.



- b) Fuentes que pertenecen al ordenamiento como la costumbre, en el poder creador del juez o en la doctrina, y
- c) Otros ordenamientos precedentes o contemporáneos vigentes.

Esto implica el no acudir a la fuente dominante (la ley), sino que tiene que ver con la introducción de valores. En concordancia con lo apuntado, el tema en comento es un derecho que cuenta con un reconocimiento reciente, en comparación con la presencia de dichas comunidades sobre la faz de la tierra y, por consiguiente, estamos lejos aún de hacer efectivos los derechos que derivan de la consulta, cuya finalidad es la obtención del consentimiento libre, previo e informado por parte de las comunidades en cuestión; ya que significa crear la forma o formas en que esto sea posible, así como que realmente los colectivos implicados gocen de una personalidad jurídica para hacer posible el ejercicio de sus derechos y cumplir así con los principios estipulados a nivel internacional, pues de poco sirve el ostentar un derecho si no existen los medios para ejercerlos en la realidad.

De aquí la relevancia de crear leyes que regulen el derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas en México, cuyo objeto primordial debe ser la obtención o no de un consentimiento libre, previo e informado, cuando haya de por medio actos y/o medidas que se pretendan implementar en los territorios donde aquéllos habitan, siempre y cuando puedan incidir en su forma de vida y medio ambiente, sea que provengan de las autoridades estatales o de particulares. Esto implica, entre otros aspectos, establecer los procedimientos respectivos que hagan posible el ejercicio del derecho a la consulta, así como la voluntad política, establecimiento de políticas públicas y, lo más importante, que tales pueblos y comunidades no sólo sean sujetos de interés público, sino que puedan gozar de personalidad jurídica, la cual les permitirá un pleno ejercicio de sus derechos.

Evidentemente, el cumplimiento de la obligación del Estado mexicano de realizar consultas a las comunidades y los pueblos originarios para que puedan accionar en ejercicio pleno de sus derechos nos lleva a analizar la normativa internacional y nacional que da sustento al derecho en cuestión para identificar los logros materializados y los retos por alcanzar.

## II. EL RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS A LA CONSULTA Y PARTICIPACIÓN DE PUEBLOS Y COMUNIDADES ORIGINARIOS

En el contexto internacional, la adopción del ya aludido Convenio 169 de la OIT representa el marco de referencia para garantizar el respeto a las

formas de organización, usos, costumbres y sistemas normativos indígenas. Además de este convenio, a la fecha se han adoptado otros instrumentos jurídicos internacionales, tanto vinculantes como declarativos, que reconocen los derechos humanos de los indígenas a la consulta y participación.

En principio, estos derechos encuentran su fundamento en las normas internacionales de derechos humanos, entendidos éstos como los privilegios que posee el ser humano por el simple hecho de serlo, concomitantes a su naturaleza propia y dignidad. Se trata de derechos inherentes a la persona humana, anteriores al Estado, que encuentran reconocimiento por la sociedad política,<sup>17</sup> pero que requieren de su positivización para producir consecuencias jurídicas.

En este sentido, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena, celebrada en 1993, reconoce la dignidad intrínseca y la contribución de los indígenas al desarrollo y pluralismo de la sociedad, y reitera la determinación de garantizarles el bienestar económico, social y cultural, así como el disfrute de los beneficios de un desarrollo sostenible. “Los Estados deben garantizar la total y libre participación de las poblaciones indígenas en todos los aspectos de la sociedad, en particular en las cuestiones que les conciernan”.<sup>18</sup>

Es claro que el referente obligado en estos temas es el Convenio 169 de la OIT, ya que se trata de un instrumento jurídicamente vinculante que aborda, entre otras, la participación de los indígenas en lo relativo a la protección de sus derechos, adopción de medidas para allanar las nuevas condiciones de vida y trabajo, proyectos de desarrollo, programas de explotación de recursos naturales (minerales, hídricos o de otro tipo en sus tierras); fortalecimiento y fomento de actividades tradicionales y programas de educación (artículos 2.1, 5.c, 7.2, 15.2, 23.1, 27.2).

Este convenio también regula, como elemento previo a la participación, la consulta de los indígenas, la cual deberá hacerse de buena fe y de manera apropiada a las circunstancias para poder llegar a acuerdos respecto de todo lo que les afecte. Serán sometidos a consulta: la explotación de los recursos

<sup>17</sup> Trowel y Sierra, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 11.

<sup>18</sup> *Declaración de Viena*, adoptada en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 1993. Entre los antecedentes de estos derechos encontramos lo consagrado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, adoptada el 21 de diciembre de 1965, y en vigor a partir del 4 de enero de 1969, cuyo artículo 5o., inciso c, afirma que los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos políticos, en particular “...el de participar en el gobierno y en la dirección de los asuntos públicos en cualquier nivel...”.

naturales existentes en las tierras indígenas, incluso si son propiedad del Estado; lo concerniente a la enajenación de tierras o transmisión de derechos sobre ellas; los programas de formación, instituciones y medios relativos a la educación (artículos 6.2, 15.2, 17.2, 22.3, 27.3 y 28).

Ahora bien, a qué nos referimos cuando hablamos de consulta y participación de las comunidades y los pueblos originarios. La primera cuestión significa que el gobierno y demás entidades públicas expondrán los problemas que afectan la vida de los indígenas, con el fin de que ambas partes lleguen a un acuerdo sobre el asunto en cuestión; bien trátase de la explotación de recursos naturales, el desarrollo de proyectos de infraestructura que afecten sus tierras y territorios, la adopción de instrumentos normativos que alteren su vida y, entre otros, sus costumbres.<sup>19</sup>

Mientras que la participación de dichas comunidades y pueblos implica que éstos sean considerados por los gobiernos como parte integrante de los programas que deseen implementar, desde el momento mismo de la planeación y hasta la ejecución, pero con una visión incluyente, que garantice su contribución a la creación, manejo y ejecución de políticas y programas que les afecten; por ejemplo, los decretos de áreas naturales protegidas y sus planes de manejo.<sup>20</sup>

En concreto, el objetivo de celebrar consultas consiste en obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades y pueblos que puedan verse afectados por las decisiones que van a adoptarse. Por tanto, las consultas deben realizarse de buena fe y en las etapas iniciales de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que las comunidades y pueblos originarios puedan participar efectivamente, legitimándose así la adopción de decisiones.

De conformidad con el Informe del Relator Especial para los Derechos y Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas,

el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones”; ...deber que deriva del derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación y de los principios conexos de democracia y soberanía popular.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Cfr. Mendoza Antúnez, C. A., “Los derechos de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional”, *Procuraduría General de la República. Debido proceso para indígenas*, México, Programa de Cooperación Unión Europea-México, Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en México, 2006, p. 41.

<sup>20</sup> *Idem*.

<sup>21</sup> Cfr. Anaya, J., *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los*

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT<sup>22</sup> ha considerado que “la consulta es el instrumento previsto por el Convenio para institucionalizar el diálogo, asegurar procesos de desarrollo incluyentes y prevenir y resolver conflictos. La consulta en los términos previstos por el Convenio intenta armonizar intereses a veces contrapuestos mediante procedimientos adecuados”.<sup>23</sup> Se trata de una herramienta jurídica que intenta frenar la discrecionalidad y arbitrariedad del Estado y de la iniciativa privada en los territorios indígenas, en tanto permite a las comunidades y pueblos originarios emitir su opinión y tomar parte en los procesos de toma de decisiones susceptibles de afectarles, asimismo, pueden determinar sus prioridades en lo que a su desarrollo se refiere.<sup>24</sup>

En la medida en que los pueblos y comunidades originarios sean consultados efectivamente se avanzará en la inclusión, serán superados el abuso del poder y la arbitrariedad, y la participación pasará de la ficción a la realidad en la búsqueda de acuerdos que concilien los intereses de las comunidades y pueblos originarios con los de entes privados y/o públicos.

Según las observaciones del Relator Especial de Naciones Unidas, James Anaya, sin la adhesión de las comunidades y los pueblos indígenas, conseguida mediante consultas en las primeras etapas de la elaboración de las iniciativas públicas, la eficacia de los programas gubernamentales, incluso los que se proponen beneficiar específicamente a los pueblos indígenas, puede verse menoscabada, ya que generalmente la falta de una consulta apropiada lleva a situaciones conflictivas,<sup>25</sup> las cuales pueden significar la paralización o reorientación del proyecto inicial.

*Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*, Ginebra, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 2009, pp. 15 y 16.

<sup>22</sup> La Comisión de Expertos es un órgano jurídico encargado de examinar el grado de aplicación de los convenios y las recomendaciones por parte de los Estados miembros de la OIT.

<sup>23</sup> Cfr. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996)*, OIT, 2006, Documento 062006GTM169, disponible en <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/pdconvs2.pl?host=status01&textbase=ilospa&document=8861&chapter=6&query=Guatemala%40ref&highlight=&querytype=bool&context=0>.

<sup>24</sup> Cfr. Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar Lelo de Larrea, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional; Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. XII, p. 540.

<sup>25</sup> Anaya, J., *Promoción y protección de todos los derechos humanos...*, *op. cit.*, p. 13.

En cuanto a la metodología para llevar a cabo las consultas, el artículo 34 permite la flexibilidad: “para que la consulta sea «apropiada» debe ajustarse a las exigencias propias de cada situación y ser útil, sincera y transparente”.<sup>26</sup> No necesariamente la consulta implica otorgar el consentimiento, mas sí debe garantizar que los intereses y necesidades de las comunidades y pueblos originarios sean considerados en la decisión que se adopte.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas insta a los Estados a celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Deber que se relaciona con desplazamientos, actividades culturales, prácticas contra la discriminación, protección de menores, protección de la salud y del medio ambiente, proyectos de desarrollo y explotación de recursos (artículos 10, 11, 15, 17, 19, 29, 30, 32, 36 y 38).

Esta declaración también promueve la participación plena de los indígenas en la vida política, económica, social y cultural del Estado, así como en la adopción de decisiones que afecten sus derechos y en la elaboración y determinación de los programas que les conciernen (artículos 5o., 18, 19 y 23). De igual forma, se refiere al derecho a las tierras, los territorios y recursos de acuerdo a la propiedad tradicional o cualquier otra forma de ocupación o utilización tradicional; a poseerlos, utilizarlos, desarrollarlos y controlarlos, así como a mantener una relación espiritual con ellos y a la reparación por las tierras o los recursos confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento (artículos 25, 26 y 28.1).

Un aspecto relevante es el relativo a la procedencia de la indemnización, que en su caso debe ser justa y equitativa cuando los pueblos indígenas sean desplazados con motivo de actos de autoridades o de particulares, así como que el procedimiento de consulta no implica necesariamente la obligación de otorgar el consentimiento, puesto que si, desarrollada la consulta, previa, libre e informada, las comunidades consideran no viable la acción que se pretende llevar a cabo, se deberá respetar su derecho al no consentimiento de las medidas pretendidas y entablar un diálogo que permita llegar a acuerdos consensuados.

De manera puntual se dispone que los Estados deben establecer y aplicar, con la debida participación de los indígenas, un proceso abierto y transparente para reconocer leyes, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra tradicionales (artículo 27). Resulta relevante el artículo 32 al señalar que los

<sup>26</sup> OIT, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un Manual*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2003, p. 17.

pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.

La participación de las comunidades en la determinación de su propio modelo de desarrollo considera que el desarrollo sostenible es endógeno, por lo que cada grupo humano debe participar de manera protagónica en el planteamiento de sus necesidades, la definición de sus objetivos y el establecimiento de controles culturales que permitan conciliar los programas de desarrollo con la idiosincrasia de cada comunidad.<sup>27</sup>

Si bien, ni la Declaración ni el Convenio 169 de la OIT mencionados otorgan el derecho de veto a los indígenas; esta medida admite tres excepciones que han sido reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH): 1) cuando la medida o proyecto implique el desplazamiento de los pueblos indígenas,<sup>28</sup> 2) cuando se trata de proyectos a gran escala (megaproyectos),<sup>29</sup> y 3) cuando se pretenda almacenar materiales tóxicos.

En el contexto ambiental, la Declaración de Estocolmo de 1972 dispone, por virtud de sus principios 23 y 24, que toda persona tendrá la oportunidad de participar en el proceso de preparación de decisiones que conciernen directamente a su ambiente; asimismo, se debe actuar, individual o colectivamente, para alcanzar y observar los objetivos y las disposiciones de la Carta.<sup>30</sup>

Diez años después, la Carta Mundial de la Naturaleza reafirma, en su principio 16, que toda planificación incluirá, entre sus elementos esenciales, la elaboración de estrategias de conservación de la naturaleza, el establecimiento de inventarios de los ecosistemas y la evaluación de los efectos que hayan de surtir sobre la naturaleza las políticas y actividades proyectadas; todos estos elementos se pondrán en conocimiento de la población re-

<sup>27</sup> Cfr. Novo, M., "La educación ambiental formal y no formal: dos sistemas complementarios", *Revista Iberoamericana de Educación*, Washington, D. C., núm. 11, mayo-agosto de 1996, p. 88.

<sup>28</sup> Sobre este punto, el artículo 16.2 del Convenio 169 dispone que "cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa".

<sup>29</sup> Al respecto, la Corte IDH ha señalado que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un impacto mayor dentro del territorio, el Estado tiene la obligación no sólo de consultar, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de los indígenas, según sus costumbres y tradiciones. Véase Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 134.

<sup>30</sup> Esta Declaración forma parte del Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972, disponible en <http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php>.

curriendo a medios adecuados y con la antelación suficiente para que la población pueda participar efectivamente en el proceso de consultas y de adopción de decisiones que puedan afectar al medio ambiente.

En 1987, la Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, creada por las Naciones Unidas como órgano independiente para estudiar los problemas ambientales y de desarrollo del planeta, presentó su informe denominado “Nuestro Futuro Común”, en el que plantea la posibilidad de alcanzar un crecimiento económico apoyado en políticas de sostenibilidad y expansión de la base de los recursos ambientales.

A lo largo de su introducción, el informe se refiere a la participación en materia ambiental y, de manera específica, el principio 5o. señala que debe promoverse la participación pública en aquellos procesos de toma de decisión que afecten al medio ambiente y a las cuestiones relacionadas con el desarrollo.<sup>31</sup>

En el mismo sentido, la Declaración de Río, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992 afirma, en su principio 10, que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos.<sup>32</sup>

La materialización de estos derechos requiere, como lo dispone el principio 11, de la promulgación de leyes eficaces sobre el medio ambiente. Las normas, los objetivos de ordenación y las prioridades ambientales deben reflejar el contexto ambiental y de desarrollo al que se aplican; cuestión que nos lleva a las primacías determinadas en los planes nacionales de desarrollo. No olvidemos que existen países, como el nuestro, cuyas necesidades apremiantes (pobreza extrema y salud pública) exigen el destino de mayores recursos a áreas diversas a la protección ambiental,<sup>33</sup> aunque el nexo entre pobreza/desarrollo sostenible ha quedado comprobado.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Cfr. Comisión Mundial de Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro futuro común*, Madrid, Alianza, 1988, p. 14.

<sup>32</sup> Adede, Andrónico O., *Digesto de derecho internacional ambiental*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995, p. 481.

<sup>33</sup> Cfr. Pacheco-Vega, H. R. et al., “The Challenge of Sustainable Development in Mexico”, en Nemetz, P. N. (ed.), *Bringing Business on Board: Sustainable Development and the B-School Curriculum*, Vancouver, Journal of Business Administration Press, 2001, pp. 715-739.

<sup>34</sup> Cfr. Anglés Hernández, Marisol, “El desarrollo sostenible al centro de la tríada: pobreza, medio ambiente y desarrollo”, *Revista de Direito Ambiental*, Sao Paulo, año 13, núm. 50, abril-junio de 2008, pp. 300-314.

Particularmente, el principio 22 de la Declaración en comento reconoce que las comunidades y poblaciones indígenas y locales desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Por ello, los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses, así como hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible; asimismo, de acuerdo con el principio 23, deben protegerse el medio ambiente y los recursos naturales de los pueblos sometidos a opresión, dominación y ocupación, características de muchas comunidades y pueblos originarios.

De forma simultánea, la Agenda 21, también adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, incorpora en su Capítulo 6o., intitulado “La dimensión ambiental en la toma de decisiones”, el objetivo de mejorar o reestructurar el proceso de adopción de decisiones, caracterizado por el establecimiento o mejora de los mecanismos participativos que garanticen el acceso del público a la información pertinente, incluyéndose las cuestiones socioeconómicas y ambientales, a fin de construir una opinión pública que permita su participación adecuada.<sup>35</sup>

Los Estados deben adoptar una estrategia nacional de desarrollo sostenible con la mayor participación pública que armonice los diversos planes y políticas de carácter económico, social y ambiental del país, cuyos objetivos aseguren un desarrollo económico socialmente responsable y al mismo tiempo protejan la base de recursos y el medio ambiente para beneficio de las generaciones futuras.<sup>36</sup>

Al referirse al tema del fortalecimiento del papel de los grupos principales, la agenda señala que uno de los requisitos fundamentales para alcanzar el desarrollo sostenible es la amplia participación de la opinión pública en la adopción de decisiones. Además, en el contexto más concreto del medio ambiente y desarrollo se ha hecho evidente la necesidad de emplear nuevas formas de participación. Se pretende que las personas, los grupos y las organizaciones conozcan el mecanismo de adopción de decisiones y participen en los procedimientos de toma de decisiones cuando exista la posibilidad de que éstas afecten el lugar donde viven y trabajan.

Otro de los convenios ambientales sobre el tema que nos ocupa es el Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado en 1992, el cual regula

<sup>35</sup> Apartado 8.3, incisos c, f y g, Agenda 21. La versión completa de la agenda puede verse en Keating, M., *Cumbre para la Tierra. Programa para el Cambio. La Agenda 21 y los demás Acuerdos de Río de Janeiro en versión simplificada*, trad. de C. Núñez, Ginebra, Centro para Nuestro Futuro Común, 1993.

<sup>36</sup> Apartado 8.7, Agenda 21.



la participación justa y equitativa de los indígenas en los beneficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otros, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y esas tecnologías, así como la financiación apropiada (artículo 1o.).

A tales fines, cada parte contratante, en la medida de lo posible y según proceda, con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente (artículo 8o., inciso j).

Sobre el particular, es ya de dominio público el interés creciente de las grandes empresas multinacionales, especialmente de las industrias alimentaria y farmacéutica respecto al conocimiento tradicional sobre la biodiversidad;<sup>37</sup> pues los pueblos originarios han desarrollado un conjunto amplio y complejo de conocimientos, innovaciones y prácticas vinculados con el mejor aprovechamiento de los recursos biológicos,<sup>38</sup> lo cual supone un ahorro económico en investigación de los principios activos de los recursos genéticos; ello, a su vez, acorta el tiempo destinado a la bioprospección y todo en conjunto disminuye los costos de inversión, por lo que maximiza la recuperación de ésta. Ante este escenario, el convenio podría haber establecido las bases para equilibrar los intereses de las comunidades y pueblos originarios con los de los agentes privados; sin embargo, se dejó a los Estados parte la materialización de sus disposiciones, por lo que será en los ámbitos nacionales donde se determine la forma de legislar al respecto, si es que se decide hacerlo.

Vale señalar que el convenio enfatiza el derecho soberano que tienen los Estados sobre sus recursos, este hecho deja en un segundo plano el derecho

<sup>37</sup> En la actualidad, el mercado mundial de medicinas derivadas de plantas con base en el conocimiento tradicional se estima en 60 mil millones de dólares americanos, *cf.* OMS, *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2002, p. 12.

<sup>38</sup> *Cfr.* Carmona, M. del C., “Las relaciones entre derecho agrario/derecho ecológico/derecho indígena”, en Ordóñez Cifuentes, J. E. R. (coord.), *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica; VIII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 64.

de las comunidades y pueblos originarios respecto de aquéllos, lo que podría dar lugar a la vulneración de sus intereses.

Otro instrumento interesante es la Carta de la Tierra,<sup>39</sup> adoptada en 2000, la cual dispone que deben fortalecerse las instituciones democráticas en todos los niveles y brindarse transparencia y rendimiento de cuentas en la gobernabilidad, participación inclusiva en la toma de decisiones y acceso a la justicia; para ello es fundamental promover la participación significativa de todos los individuos y organizaciones interesados en la toma de decisiones.<sup>40</sup>

Pese a todo lo apuntado, es claro que no basta con diseñar disposiciones de carácter retórico, éstas deben contar con mecanismos que garanticen la implementación de los derechos a la consulta y participación, mismos que, a su vez, deben considerar la cosmovisión, lengua, cultura y formas de organización de los pueblos originarios para que aquéllas sean congruentes con sus capacidades, circunstancias, valores y, sobre todo, necesidades.

### III. BASES JURÍDICAS SOBRE LA PARTICIPACIÓN Y CONSULTA EN MÉXICO

Actualmente, una de las máximas del Estado social y democrático de derecho y de la administración pública es la incorporación de la iniciativa y creatividad de los ciudadanos en la toma de decisiones con repercusiones ambientales.<sup>41</sup>

En nuestro orden jurídico la participación pública encuentra sus bases legítimas en la corresponsabilidad que comparten los distintos sectores sociales con el Estado mexicano,<sup>42</sup> ya que, de acuerdo con nuestra ley suprema, a aquél le corresponde la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sostenible, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático, y que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales.<sup>43</sup>

<sup>39</sup> Disponible en <http://www.cartadelatierra.org>.

<sup>40</sup> Principio 13, inciso b, Carta de la Tierra.

<sup>41</sup> Loperena Rota, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas, 1998, p. 82.

<sup>42</sup> Cfr. Márquez Anguiano, J. A., “Marco de referencia para el diseño de las estrategias tendientes a fortalecer la participación ciudadana de los Estados en materia ambiental”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VI, núm. 77, noviembre de 2001, p. vi.

<sup>43</sup> Cfr. Decreto por el que se declara reformado el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de junio de 1999.

La propia carta magna señala los lineamientos para la participación de los sectores sociales en la planeación democrática del desarrollo nacional, a fin de que las aspiraciones y demandas de la sociedad sean incorporadas a los programas y al Plan Nacional de Desarrollo, instrumento al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.<sup>44</sup>

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal se coordine, por razón de convenios, con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y acuerde con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.<sup>45</sup> De igual forma, el Congreso está facultado para expedir leyes que establezcan la concurrencia de los tres niveles de gobierno en materia de participación de los sectores social y privado.<sup>46</sup>

Ahora bien, vale recordar que las comunidades indígenas y locales<sup>47</sup> son las que poseen mayor conocimiento sobre el ecosistema que habitan, por lo que dimensionan correctamente la importancia de su protección para su aprovechamiento sostenible; sin embargo, en nuestro país, como en muchos otros, la constante ha sido mantenerlas de forma sistemática al margen de las políticas públicas. Desafortunadamente tuvo que haber un levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1994 para que el Estado mexicano prestara interés respecto a sus obligaciones asumidas mediante la adopción del ya aludido Convenio 169 de la OIT. En este escenario se negociaron las reformas constitucionales del 14 de agosto de 2001, con la supuesta finalidad de reconocer los derechos de las comunidades y de los pueblos indígenas.<sup>48</sup>

<sup>44</sup> Decreto por el que se declara reformado el artículo 26, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de abril de 2006.

<sup>45</sup> Artículo 26, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución mexicana, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de abril de 2006.

<sup>46</sup> Decreto por el que se declara reformado el artículo 73, fracción XXIX-L, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 27 de septiembre de 2004.

<sup>47</sup> Apartado 38.5, Agenda 21.

<sup>48</sup> Como resultado de este movimiento se redactó el documento en el que destacan las propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometieron a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondientes al punto 1.4 de las Reglas de

A partir de entonces, el artículo 2o., apartado A, fracción VI, de la Constitución mexicana reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para, entre otras, acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

En cuanto al reconocimiento de quiénes deben representar a las comunidades y pueblos originarios, actualmente ya hay algunas leyes expedidas por las entidades federativas que reglamentan el artículo 2o. de la Constitución mexicana, un ejemplo es la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California, en la que se reconoce la existencia de autoridades tradicionales, como las "...que los pueblos indígenas reconocen de acuerdo a sus sistemas normativos internos derivado de usos y costumbres" (artículo 4o. fracción II); de igual forma se les reconoce personalidad jurídica como sujetos de interés público (artículo 10), lo que implica un acercamiento en el logro del objeto del ejercicio del derecho a la consulta, aunque no por ello dejen de existir lagunas respecto al cómo ejercer ese derecho, y aunque la ley en comento menciona algunos elementos, no son suficientemente claros.

El artículo 11 de la misma ley regula las consultas que el Estado y los municipios realizarán a los pueblos indígenas en la elaboración de los planes estatal y municipales de desarrollo, respectivamente y, en su caso, respecto de la incorporación de las recomendaciones y propuestas que se realicen, esto en principio suena bien, pero de nueva cuenta no se establece el cómo será el procedimiento a seguir, ni ante quiénes deberá gestionarse el ejercicio de este derecho y, mucho menos, las implicaciones de la consulta.

Procedimiento, en especial el Punto 6, inciso d: "Se propone al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados de la República que, en el reconocimiento de la autonomía indígena y para la determinación de sus niveles, tomen en consideración los principales derechos que son objeto de la misma, estableciéndose las modalidades que se requieran para asegurar su libre ejercicio". Entre dichos derechos podrían destacar los siguientes: "...acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponda a la Nación"; también se hizo referencia en el apartado de reformas constitucionales a la necesidad de "reglamentar un orden de preferencia que privilegie a las comunidades indígenas en el otorgamiento de concesiones para obtener los beneficios de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales", 16 de febrero de 1996. Véase Hernández Navarro, Luis y Vera Herrera, Ramón (comps.), *Acuerdos de San Andrés*, México, Era, 2004, pp. 65 y 71.

Con lo apuntado, cabe preguntarse: ¿cómo es que la Constitución garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación, si a la fecha no se ha desarrollado mecanismo alguno que permita su ejercicio pleno? La reforma no ha recibido la reglamentación requerida y mucho menos contamos con políticas públicas para su puesta en marcha. En igual sentido, ¿cómo hablar de acceso al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades si aquél está supeditado a respetar las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra que establece la Constitución y las leyes de la materia?

Concomitantemente, habría que determinarse la naturaleza jurídica de las comunidades y pueblos aludidos en la reforma como nuevos sujetos de derecho para tener claridad respecto de sus facultades y obligaciones dentro del orden jurídico nacional.<sup>49</sup>

Por si fuera poco, la participación de los indígenas en la vida política nacional, referida en el mismo artículo 2o., apartado A, fracción VII, queda subordinada a su reconocimiento y regulación por parte de las legislaturas locales, las cuales, a través de sus respectivas Constituciones y leyes, identificarán, con base en los criterios establecidos en la Constitución federal, a las comunidades y pueblos indígenas, y desarrollarán los mecanismos que satisfagan el mandato constitucional tendiente a materializar la participación política indígena.<sup>50</sup>

Por lo que hace a la Ley de Planeación, que da sustento a la política nacional, ésta ha incorporado las bases para promover y garantizar la participación democrática de los diversos grupos sociales, así como de los pueblos y comunidades indígenas, a través de sus representantes y autoridades en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y los programas sectoriales.<sup>51</sup>

Si nos remitimos a la ley ambiental marco, esto es, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), ésta dispone en su título quinto sobre Participación Social e Información Ambiental,

<sup>49</sup> Sobre la discusión de si se trata de entidades de interés público o si constituyen órdenes jurídicos, según el artículo 2o. y el 115 también de la carta magna, véase Cossío Díaz, J. R., *Los problemas del derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002, pp. 158-162.

<sup>50</sup> Véase Molina Carrillo, J. G. y Gallardo Loya, R. C., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Propuesta de Ley de los Pueblos Indígenas del Estado de Puebla”, en Ordóñez Cifuentes, J. E. R. y Zaragoza Ángeles, I. (coords.), *Pueblos indígenas y tribales. Respeto, participación y consulta*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 71.

<sup>51</sup> Artículo 1o., fracción IV, Ley de Planeación, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de enero de 1983 y reformas del 13 de junio de 2003.

que el gobierno federal debe promover la participación corresponsable de la sociedad en la planeación, ejecución, evaluación y vigilancia de la política ambiental y de recursos naturales.<sup>52</sup> A tales fines, se cuenta con el instrumento denominado “Planeación ambiental”, por virtud del cual, a través del Sistema Nacional de Planeación Democrática se convoca a las organizaciones obreras, empresariales, de campesinos y productores agropecuarios, pesqueros y forestales, comunidades agrarias, pueblos indígenas, instituciones educativas, organizaciones sociales y privadas no lucrativas y demás personas interesadas para que manifiesten su opinión y propuestas.<sup>53</sup> Pero creemos que no basta convocar y permitir la expresión de opiniones, sino que debería existir un mecanismo vinculante entre los resultados de la consulta, participación y la toma de decisiones.

Otra cuestión a considerar es que mientras nuestra Constitución federal se refiere de manera diferenciada a las comunidades y los pueblos indígenas, las leyes sectoriales lo hacen de forma indistinta y, en ocasiones, se emplean los términos como sinónimos, lo que podría limitar ciertos derechos reconocidos en estos ordenamientos ya sea sólo a comunidades o únicamente a pueblos indígenas.

En materia de impacto ambiental, tíbiamente la LGEEPA señala que a solicitud de cualquier persona de la comunidad de que se trate, la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) podrá llevar a cabo una consulta pública en la que cualquier interesado podrá proponer el establecimiento de medidas de prevención y mitigación adicionales, así como las observaciones que considere pertinentes, mismas que serán agregadas al expediente respectivo y consignadas en la resolución que emita la autoridad ambiental; lamentablemente, dichas observaciones y propuestas carecen de carácter vinculante.

Por su parte, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable tiene entre sus objetivos específicos desarrollar y fortalecer la capacidad institucional en un esquema de descentralización, desconcentración y participación pública en la que se incluya a los pueblos y comunidades indígenas en la aplicación, evaluación y seguimiento de la política forestal.<sup>54</sup>

En la planeación, diseño, aplicación y evaluación de los programas e instrumentos de la política forestal se promoverá la participación de la so-

<sup>52</sup> Artículo 157, reformado, LGEEPA, *Diario Oficial de la Federación*, México, 13 de diciembre de 1996.

<sup>53</sup> Artículo 158, fracción I, reformada, LGEEPA, *Diario Oficial de la Federación*, México, 13 de diciembre de 1996.

<sup>54</sup> Artículo 3o., fracciones XXV y XIX, respectivamente, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, *Diario Oficial de la Federación*, México, 25 de febrero de 2003.

ciudad, mediante la convocatoria, entre otros, a las comunidades indígenas y demás personas interesadas para que manifiesten su opinión y propuestas respecto de los programas e instrumentos de la política forestal nacional, regional, estatal, distrital o municipal.<sup>55</sup>

Evidentemente, todas estas disposiciones carecen de carácter instrumental, pues existe una amplia discrecionalidad por parte de la autoridad para darles cumplimiento y, en caso de hacerlo, una vez acreditado cierto interés exigido, independientemente de que la participación quede asentada en los expedientes respectivos, prácticamente, los resultados de la consulta y participación de las comunidades y pueblos indígenas puede soslayarse, sin que exista para ellos mecanismo jurídico alguno para evidenciar y reclamar las omisiones presentadas.<sup>56</sup>

Frente a esta realidad, las comunidades y pueblos originarios han acudido a instancias internacionales a denunciar las violaciones de que son objeto, por lo que distintos organismos de Naciones Unidas han exhortado al gobierno mexicano a realizar los esfuerzos necesarios para evitar la exclusión y opresión de que son objeto los indígenas; a desarrollar la implementación legislativa del contenido del Convenio 169 de la OIT, y a evitar el uso de la fuerza en relación con la ejecución de proyectos en tierras y territorios indígenas.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales instó al Estado mexicano a que consulte debidamente a las comunidades indígenas y locales afectadas por proyectos a gran escala en las tierras y territorios que poseen, ocupan o usan tradicionalmente, y a que procure obtener su consentimiento fundamentado previo en cualquier proceso conducente a la adopción de decisiones en relación con los proyectos que afecten sus derechos e intereses amparados por el pacto, en consonancia con el Convenio 169 de la OIT. Asimismo, exhortó a México a reconocer los derechos de propiedad y posesión de las comunidades indígenas sobre las tierras que ocupan tradicionalmente, a garantizar una indemnización apropiada y/o viviendas y tierras alternativas para el cultivo a las comunidades indígenas y de agricultores locales afectados por el desarrollo de proyectos de construcción, y a proteger sus derechos económicos, sociales y culturales.<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Artículo 150, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

<sup>56</sup> Cfr. Anglés Hernández, Marisol, “La ciudadanía étnica ambiental”, en Ordóñez Cifuentes, José E. R. y Bautista Cruz, Susana (coords.), *XIX Jornadas Lascasianas Internacionales; La Enseñanza de los Contextos Étnicos-Nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 77.

<sup>57</sup> Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; *Informe sobre los Periodos de Sesiones Trigésimo Sexto y Trigésimo Séptimo (1o. a 19 de mayo de 2006 y 6 a 24 de noviembre de 2006)*,

La responsabilidad de garantizar los derechos de pueblos y comunidades originarios, como el derecho a la consulta y participación, constituye un reto para el Estado mexicano; lucha incansable de esos colectivos para elegir su propio modelo de desarrollo y prueba de la solidaridad y convicción social para superar el ámbito discursivo de los derechos.

#### IV. ANÁLISIS DE LA INICIATIVA DE LEY GENERAL DEL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO LIBRE, PREVIO E INFORMADO DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES

Dada la relevancia de crear leyes que regulen el derecho a la consulta libre, previa e informada de pueblos y comunidades indígenas es un compromiso social analizar las iniciativas. Cabe señalar que las dos iniciativas sobre el tema, la primera, Ley Federal de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas”,<sup>58</sup> presentada por el diputado García Corpus, y la segunda, “Iniciativa de Ley” con el mismo nombre,<sup>59</sup> presentada por la diputada Parra Becerra, resaltan la importancia y la complejidad de regular el derecho a la consulta como un tema de interés público, representativo de los derechos humanos y reconocido internacionalmente.

En este caso, un grupo multidisciplinario de universitarios, en el marco del proyecto Fonciyct “Conservación, desarrollo, aprovechamiento social y protección de los conocimientos y recursos tradicionales en México”,<sup>60</sup> nos dimos a la tarea de revisar la iniciativa presentada por el diputado García Corpus. Como resultado del examen, la iniciativa prácticamente se reestructuró, lo que dio cabida a un contenido mucho más incluyente y acorde con los lineamientos internacionales en materia de derechos humanos; así, la versión modificada se hizo llegar a la Comisión de Asuntos Indígenas de la Cámara de Diputados, la que previa revisión y modificación culminó en

Nueva York, Naciones Unidas, 2007, E/2007/22, E/C.12/2006/1, p. 47.

<sup>58</sup> Cfr. Iniciativa que expide la Ley Federal de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas, a cargo del diputado Teófilo Manuel García Corpus, del Grupo Parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria*, México, Cámara de Diputados, núm. 2976-II, jueves 25 de marzo de 2010, disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/>, consultada el 30 de marzo de 2010.

<sup>59</sup> Cfr. Iniciativa que expide la Ley Federal de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, y adiciona el título sexto a la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la diputada María Felicitas Parra Becerra y suscrita por diversas integrantes del Grupo Parlamentario del PAN, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XIV, núm. 3387-IV, jueves 10 de noviembre de 2011.

<sup>60</sup> El grupo estuvo conformado por abogados, antropólogos, economistas y académicos, a saber: Marisol Anglés, Patricia Basurto, Rocío Becerra, Rocío Cañetas, Celerino Felipe Cruz y Haydeé López.



el Proyecto de Decreto que Expide la Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas.<sup>61</sup> Pese a las observaciones hechas por el grupo de académicos y abogados, el proyecto final dejó en el tintero, de forma reiterada, aspectos que requieren mayor análisis y una consulta real a los pueblos y comunidades indígenas, pues es contradictorio que se trate de regular el derecho a la consulta y no se haga lo concerniente para obtener su opinión en la materia; como ya lo apuntamos en párrafos anteriores, se requiere establecer procedimientos que permitan la realización de la consulta, de voluntad política, del desarrollo de políticas públicas y el que tales comunidades como sujetos de derecho estén de facto en posibilidades de actuar.

Otro aspecto que debe contener el proyecto de ley es el relativo a la procedencia de la indemnización justa y equitativa cuando los pueblos indígenas sean desplazados con motivo de actos de las autoridades o de particulares, así como que el consentimiento no implica que necesariamente que se tenga que otorgar, puesto que si una vez desarrollada la consulta, previa, libre e informada, las comunidades consideran no viable la acción que se pretende llevar a cabo se deberá respetar su derecho al no consentimiento de las medidas pretendidas.

También es necesario desarrollar con mayor precisión el tema relativo a quién o quiénes deben ser los que lleven a cabo el proceso de consulta para que realmente se hable de un ejercicio del derecho a la consulta.

Al cierre de esta edición, queda aún pendiente el cumplimiento del Estado mexicano de su obligación de consultar de manera libre, previa e informada a las comunidades y los pueblos originarios, así como los mecanismos a su alcance para lograr que el modelo de desarrollo que elijan se respete y con ello se frenen las violaciones a sus derechos humanos como colectivo.

## V. REFLEXIONES FINALES

Pese a las reformas en materia indígena de que ha sido objeto la Constitución mexicana, las necesidades y derechos de las comunidades y pueblos originarios siguen soslayadas.

La garantía de los derechos a la consulta y participación en la toma de decisiones de pueblos y comunidades indígenas requiere de un andamiaje jurídico y político construido previa consideración de su cosmovisión y trascendencia.

<sup>61</sup> Cfr. Iniciativa que expide la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, a cargo del diputado Teófilo Manuel García Corpus, del Grupo Parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XV, núm. 3403-V, jueves 1o. de diciembre de 2011.

Resulta impostergable actuar en el marco de un nuevo pacto social incluyente y solidario que respete los conocimientos y pareceres de los indígenas, lo cual nos permitirá llegar a acuerdos legitimados con aplicación real y resultados eficaces y satisfactorios.

La imposición de actividades o proyectos en los territorios en donde se asientan pueblos y comunidades originarios puede implicar una denegación al ejercicio de sus prácticas tradicionales, afectación a los recursos naturales de los que dependen, e incluso la puesta en peligro de la subsistencia del grupo y de sus integrantes.

Salvo que se efectúen modificaciones cualitativas en la orientación e implementación de las políticas públicas, la desigualdad en términos de derechos continuará exacerbándose, lo cual nos aleja de la construcción de sociedades incluyentes.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- ADEDE, Andrónico O., *Digesto de derecho internacional ambiental*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1995.
- ALVATER, Elmar, “Capitalismo mundializado”, *Revista Memoria*, México, núm. 134, abril de 2000.
- ANAYA, J., *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*, Ginebra, Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, 2009.
- ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol, “El desarrollo sostenible al centro de la tríada: pobreza, medio ambiente y desarrollo”, *Revista de Direito Ambiental*, Sao Paulo, año 13, núm. 50, abril-junio de 2008.
- , “La ciudadanía étnica ambiental”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, José E. R. y BAUTISTA CRUZ, Susana (coords.), *XIX Jornadas Lascasianas Internacionales; La Enseñanza de los Contextos Étnicos-Nacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- CAMPBELL, Tom, “El sentido del positivismo jurídico (II): el positivismo jurídico prescriptivo como derecho humano”, *DOXA*, Alicante, núm. 27, 2004.
- CARMONA, M. del C., “Las relaciones entre derecho agrario/derecho ecológico/derecho indígena”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. (coord.), *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica; VIII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

- Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación individual sobre el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169) Guatemala (ratificación: 1996)*, Ginebra, OIT, 2006, Documento 062006GTM169.
- Comisión Mundial de Medio Ambiente y del Desarrollo, *Nuestro futuro común*, Madrid, Alianza, 1988.
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012*, México, Diario Oficial de la Federación, 4 de diciembre de 2009.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Informe sobre los Períodos de Sesiones Trigésimo Sexto y Trigésimo Séptimo (1o. a 19 de mayo de 2006 y 6 a 24 de noviembre de 2006)*, Nueva York, Naciones Unidas, 2007, E/2007/22, E/C.12/2006/1.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, 5-16 de junio de 1972, disponible en <http://www.pnuma.org/docamb/mh1972.php>.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *Diario Oficial de la Federación*, México, 3 de agosto de 1990.
- COSSÍO DÍAZ, J. R., *Los problemas del derecho indígena en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2002.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 134.
- Decreto por el que se declara reformado el artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 28 de junio de 1999.
- Decreto por el que se declara reformado el artículo 26, apartado A, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de abril de 2006.
- Decreto por el que se declara reformado el artículo 73, fracción XXIX-L de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 27 de septiembre de 2004.
- Decreto por el que se declaran reformados los artículos 26 y 73, fracción XXIX-D de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, 7 de abril de 2006.
- Estrategia de Conservación para el Desarrollo, 2007-2012*, México, Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, 2007.
- GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo, "Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México: un primer acercamiento", en FERRER MAC-GREGOR, E.

- y ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional; Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. XII.
- HERNÁNDEZ NAVARRO, Luis y VERA HERRERA, Ramón (comps.), *Acuerdos de San Andrés*, México, Era, 2004.
- INEGI, *Perfil sociodemográfico de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática, 2008.
- Iniciativa que expide la Ley Federal de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas, a cargo del diputado Teófilo Manuel García Corpus, del Grupo Parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria*, México, Cámara de Diputados, núm. 2976-II, jueves 25 de marzo de 2010.
- Iniciativa que expide la Ley Federal de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, y adiciona el título sexto a la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo de la diputada María Felicitas Parra Becerra y suscrita por diversas integrantes del Grupo Parlamentario del PAN, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XIV, núm. 3387-IV, jueves 10 de noviembre de 2011.
- Iniciativa que expide la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas, a cargo del diputado Teófilo Manuel García Corpus, del Grupo Parlamentario del PRI, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XV, número 3403-V, jueves 10 de diciembre de 2011.
- KEATING, M., *Cumbre para la Tierra. Programa para el Cambio. La Agenda 21 y los demás Acuerdos de Río de Janeiro en versión simplificada*, trad. de C. Núñez, Ginebra, Centro para Nuestro Futuro Común, 1993.
- Ley de Planeación, *Diario Oficial de la Federación*, México, 5 de enero de 1983 y reformas del 13 de junio de 2003.
- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, *Diario Oficial de la Federación*, México, 25 de febrero de 2003.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, *Diario Oficial de la Federación*, México, 13 de diciembre de 1996.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas, 1998.
- MÁRQUEZ ANGUIANO, J. A., “Marco de referencia para el diseño de las estrategias tendientes a fortalecer la participación ciudadana de los Estados en materia ambiental”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, tercera época, año VI, núm. 77, noviembre de 2001.

- MENDOZA ANTÚNEZ, C. A., “Los derechos de los pueblos indígenas en el marco del derecho internacional”, *Procuraduría General de la República. Debido proceso para indígenas*, México, Programa de Cooperación Unión Europea-México, Fortalecimiento y Modernización de la Administración de Justicia en México, 2006.
- MOLINA CARRILLO, J. G. y GALLARDO LOYA, R. C., “El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la Propuesta de Ley de los Pueblos Indígenas del Estado de Puebla”, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, J. E. R. y ZARAGOZA ÁNGELES, I. (coords.), *Pueblos indígenas y tribales. Respeto, participación y consulta*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- NOVO, M., “La educación ambiental formal y no formal: dos sistemas complementarios”, *Revista Iberoamericana de Educación*, Washington, D. C., núm. 11, mayo-agosto de 1996.
- OIT, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un Manual*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2003.
- OMS, *Estrategia de la OMS sobre medicina tradicional 2002-2005*, Ginebra, Organización Mundial de la Salud, 2002.
- ORNELAS DELGADO, J., “Globalización neoliberal: economía, política y cultura”, *Globalización. Revista Mensual de Economía, Sociedad y Cultura*, agosto de 2004.
- PACHECO-VEGA, H. R. *et al.*, “The Challenge of Sustainable Development in Mexico”, en NEMETZ, P. N. (ed.), *Bringing Business on Board: Sustainable Development and the B-School Curriculum*, Vancouver, Journal of Business Administration Press, 2001.
- PAUGMAN, S., “La constitution d’un paradigme”, en PAUGAM, Serge (ed.), *L’exclusion, l’état des savoirs*, París, La Découverte, 1996.
- PATRINOS, H. A. *et al.*, “Indigenous Peoples in Latin America: Economic Opportunities and Social Networks”, *World Bank Policy Research*, Working Paper 4227, mayo de 2007.
- PNUD, *El Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas en México. El reto de la desigualdad de oportunidades*, México, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2010.
- REDONDO TORONJO, D., “Las políticas activas de inclusión social: ¿nuevas regulaciones?”, *XI Jornadas de Economía Crítica*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008.
- SEMARNAT, *¿Y el medio ambiente? Problemas en México y en el mundo*, México, Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2007.

SILVA ABBOTT, Max, “Bobbio y el problema de las lagunas del derecho”, *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, 2005.

TROVEL Y SIERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1968.



# LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS LINGÜÍSTICOS EN MÉXICO

Susana BAUTISTA CRUZ\*

*No hay paz sin justicia. No hay justicia sin equidad.*

*No hay equidad sin desarrollo. No hay desarrollo sin democracia.*

*No hay democracia sin respeto a la identidad y dignidad de las culturas y de los pueblos.*

Rigoberta MENCHÚ

Premio Nobel de la Paz (1992)

Embajadora de Buena Voluntad  
de la UNESCO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos humanos de los pueblos indígenas*. III. *Los pueblos indígenas en el Sistema Internacional de los Derechos Humanos*. IV. *El etnodesarrollo*. V. *Los pueblos indígenas en México*. VI. *Instrumentos legales de promoción de los derechos humanos de los pueblos indígenas en México*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Propuestas*. IX. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

La pluralidad cultural existente en todo el planeta y las reivindicaciones que desde esa realidad se han venido planteando, cuestionan los principios y valores a partir de los que se construyeron las comunidades imaginadas,<sup>1</sup> monoculturales que fundamentan a los Estados-nación actuales.

\* Estudió derecho y letras modernas en la UNAM. Especialidad en derechos humanos. Miembro de la Comisión Organizadora de las Jornadas Lascasianas.

<sup>1</sup> Anderson, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 14.



La multiculturalidad como ya han señalado numerosos autores no es novedad. Sí lo es, en cambio, ser el centro del debate en la filosofía política contemporánea, convirtiéndose en cuestiones principales: el papel del Estado frente a la diversidad cultural; el establecimiento de una ciudadanía diferenciada o el conflicto entre los derechos individuales y derechos colectivos. Temas que plantean el significado de la igualdad, la libertad, la democracia o la soberanía con el fin de garantizar una asociación política, en la que se garantice su realización efectiva sin negar la diversidad cultural existente en las sociedades contemporáneas.

Los conflictos no derivan de la misma realidad multicultural, sino de la existencia de una estructura estatal y una filosofía liberal construida bajo el espejismo de una homogeneidad social, económica, político-jurídica y cultural que jamás ha existido de forma natural. Por ello, no debe observarse la diversidad cultural como la fuente de los males, por el contrario gracias a ella, el debate filosófico-político está renovando conceptos y propuestas frente al encorsetamiento de la diversidad en la mayoría de los Estados democráticos.

El debate filosófico-político gira en torno a una cuestión: ¿Cómo se gestiona la multiculturalidad existente al interior de un Estado-nación? Es decir, cómo se garantiza la participación política, la democracia, la justicia sin negar la identidad cultural de cada una de las personas y cada uno de los pueblos que conforman un Estado-nación.

Cabe recordar, el paradigma de la modernidad —basado en el predominio de la exactitud, de la disyuntiva frente a la complementariedad, de lo cuantitativo frente a lo cualitativo, así como en las ideologías modernas del crecimiento indefinido y del progreso lineal— que dominó en la filosofía de la que surge el Estado-nación.

En este sentido, la teoría del contrato social explica el nacimiento del Estado-nación a través de un pacto libre entre individuos iguales ante la ley; es decir, entre ciudadanos. La ciudadanía respondía a la necesidad de acabar con las castas, las clases, las etnias. En el Estado de derecho, el imperio de la ley garantizaría la igualdad y por lo tanto la justicia negaría las especificidades culturales.

De igual manera, en lo económico, el modelo mercantilista exigía la unificación de los mercados; una moneda única para facilitar los intercambios comerciales. Y en lo político, se establecería el modelo de democracia representativa a través del sufragio electoral.

El nacionalismo llevaría a equiparar al Estado con una nación y una lengua justificando la primacía de la cultura dominante en las políticas estatales. Este modelo adoptado e implantado a lo largo del mundo, lejos de

traducirse en la igualdad efectiva de todos los ciudadanos, ha supuesto la dominación de la cultura mayoritaria sobre el resto de minorías culturales existentes en el interior de los Estado-nación.

El historiador Adolfo Gilly señala que las consecuencias de este modelo de modernidad:

Si el discurso de la razón, el recurso de la abstracción y el dominio de la cuantificación, señas de identidad de la modernidad, siguen siendo instrumento de dominación de los menos sobre los más y de exclusión de éstos de esos bienes inmateriales y de todos los bienes terrenales, no hay modernidad sino barbarie, no hay razón sino irracionalidad, no hay humanidad como sujeto pensante sino como mero objeto de una fuerza inhumana y destructora de los seres humanos y del patrimonio natural vivo y transformado por ellos en la larga duración de sus generaciones sucesivas (...) no hay modernidad de uno si hay negación y exclusión de los otros. No existen las promesas de la modernidad y de la razón en una sociedad, naciones y comunidades si esa existencia requiere la desintegración, la destrucción o la inexistencia de otras.<sup>2</sup>

En la actualidad, minorías nacionales, inmigrantes y pueblos indígenas reivindican el respeto a sus culturas frente a las culturas mayoritarias con las que conviven.

Estas reivindicaciones demuestran que en nombre de la igualdad se han eliminado y se eliminan culturas enteras mediante políticas asimilacionistas, etnocidas o genocidas: México, Guatemala, España, Kurdistán, Yugoslavia o Senegal son algunos lugares del planeta donde en un momento pasado o presente, una cultura nacional ha intentado eliminar o discriminar a otros grupos étnicos.

Rodolfo Stavenhagen señala la existencia de 233 conflictos etnopolíticos actuales en el mundo clasificados según los grupos en conflicto: “81 grupos etnonacionales demandan un trato más equitativo; 83 pueblos indígenas reivindican fundamentalmente la autonomía del grupo; 49 sectas religiosas participan en códigos de distinto tipo y 66 contendientes comunales buscan el poder para sí mismos”.<sup>3</sup>

Se equivocan quienes pensaban que el progreso y la modernidad traerían consigo la homogeneización de las culturas. Por el contrario, el proce-

<sup>2</sup> Gilly, Adolfo, *Chiapas: la razón ardiente. Ensayo sobre la rebelión del mundo encantado*, México, Era, 1997, p. 15.

<sup>3</sup> Stavenhagen, Rodolfo, *Conflictos étnicos y Estado nación*, México, Siglo XXI-UNRISD, 2000, p. 19. Citado por Lola Cubells Aguilar en la tesis doctoral: *La construcción de un Estado multicultural en México a partir del levantamiento zapatista de 1994*, Programa de Doctorado: “Derechos Humanos: Problemas actuales”, España, 2002.

so de mundialización económica que vivimos, en el que los Estado-nación pierde su capacidad de decidir políticamente, dependiendo progresivamente más de las directrices establecidas en foros supranacionales, ya sea regionales o internacionales, está provocando una revitalización de las reivindicaciones de los grupos étnicos, quienes ven agudizadas sus diferencias y desigualdades bajo este proceso homogeneizador, y utilizan como instrumento defensor el refuerzo de sus lazos identitarios.

La lucha por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas no sólo representa el planteamiento de la construcción filosófica del sujeto de derecho; hoy día existe un debate político real en el interior de los Estado-nación y por otro lado, también las instituciones internacionales han tomado un papel protagónico al respecto. No se puede negar que el derecho internacional ha sido un motor para el desarrollo del derecho indígena: “hoy día encontramos diversos procesos políticos bajo el liderazgo indígena y con una creciente alianza con otros sectores de la sociedad, algunos pretenden ampliar los marcos normativos constitucionales, otros alcanzan la ratificación del Convenio 169 de la OIT o bien avanzar en su reglamentación a través de legislaciones secundarias”.<sup>4</sup>

En este ensayo se analizará las acciones positivas por parte del Estado mexicano en relación con sus pueblos indígenas, particularmente, el derecho a su lengua. Se revisarán las acciones referentes a los derechos lingüísticos —el marco legal de su protección, un bosquejo general de la legislación internacional y nacional—. Cabe mencionar que los ordenamientos internacionales expuestos han sido ratificados por el Estado mexicano. En cuanto a los ordenamientos nacionales, se integran aquellos de carácter federal. Esta investigación pretende dar cuenta de la implementación legal y de las políticas públicas por parte del Estado mexicano en favor de sus pueblos indígenas.

Así, septiembre de 1977 en Ginebra, Suiza, marca un hito histórico en el proceso de internacionalización de los derechos de los pueblos indígenas. En esa fecha se realizó la Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales sobre la discriminación de los pueblos indígenas de las Américas. Esta reunión tuvo un carácter pionero y revolucionario. Por un lado era la primera vez que el tema de las poblaciones indígenas lograba reunir en Naciones Unidas una amplia representación: 250 delegados, observadores e invitados de más de cincuenta organizaciones internacionales

<sup>4</sup> Gómez Rivera, Magdalena, “El derecho indígena frente al espejo de América Latina”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, número 26, julio-diciembre, 1997, p. 50.

no gubernamentales, se dieron cita para reflexionar y emitir recomendaciones sobre la situación de discriminación en contra de las poblaciones indígenas del hemisferio occidental.<sup>5</sup>

Varios fueron los aspectos relevantes de esta Conferencia. Destaca la insólita presencia de la más crecida representación indígena nunca antes reunida en el Palacio de las Naciones. En esta ocasión, más de sesenta pueblos, organizaciones y naciones indias de quince países, había llegado para exponer de viva voz ante la comunidad internacional “...cómo operan la discriminación, el genocidio y el etnocidio”. A nombre del secretario general de la ONU, el director de la Sección sobre derechos humanos de ese organismo se dirigió a los 38 Estados miembros, así como a los representantes de las Naciones Unidas, de la OIT y de la UNESCO, entre otros grupos participantes, que siguieron con interés los acontecimientos de este singular evento.

Lo que escucharon les produjo consternación. No fueron, sin embargo, las denuncias de genocidio o de violación de los derechos humanos de las poblaciones indígenas, lo que impactó a aquel auditorio. En realidad, de alguna manera Europa estaba informada del genocidio y ecocidio del área de la Amazona, por lo que era previsible que éste fuera uno de los principales temas de las denuncias y testimonios. Lo que más inquietud causó a los gobiernos y a los funcionarios que escuchaban, fue la naturaleza de las reivindicaciones y el carácter de las demandas allí planteadas.

Los pueblos indígenas habían llegado a la ONU no sólo a denunciar la violación de sus derechos y tampoco estaban allí para solicitar la mediación de ese organismo para que intercediera ante los Estados nacionales acusados. Lo que escucharon fue la Declaración de principios por la defensa de las naciones y pueblos indígenas del hemisferio occidental; documento resolutivo obtenido del consenso de las organizaciones indígenas participantes. Con esta Declaración, por primera vez, el escenario de las Naciones Unidas

<sup>5</sup> Burguete Cal y Mayor, Araceli *et al.*, “Hacia una Carta Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Derechos Indígenas en la Actualidad* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. Esta Conferencia era la cuarta que organizaba el Subcomité de Organizaciones No Gubernamentales de las Naciones Unidas en Ginebra sobre el Racismo. Las conferencias anteriores, todas ellas orientadas a combatir el racismo y la discriminación, habían tenido temas en 1974: el *apartheid* y el colonialismo en África. La reunión de 1975 trató sobre la discriminación contra los trabajadores inmigrantes en Europa y la de 1976 sobre la situación de los prisioneros políticos en Sudáfrica. Cfr. “*Resolución final de la Conferencia Internacional de Organizaciones No Gubernamentales de las Naciones Unidas sobre la Discriminación de los Pueblos Indígenas en las Américas*”, *Civilización. Configuraciones de la diversidad*, México, CADAL-CESTEM, año 1, núm. 1, 1983, p. 73.

fue testigo de los balbuceos de una demanda que a partir de ese momento empezaría a tomar cuerpo hasta convertirse en la principal reivindicación del movimiento indígena contemporáneo: el derecho a la libre determinación.

Con esta Conferencia se inaugura el arribo de voces indias a la ONU. A diferencia de lo que se esperaba, los visitantes no se autodefinieron como “minorías étnicas”, ni plantearon sus problemas desde la perspectiva del racismo y de la discriminación. Se llamaron a sí mismo pueblos y naciones invadidas y colonizadas y reclamaban ante la comunidad de naciones la devolución de la libertad perdida, por lo que solicitaban ser atendidos por el Comité Especial sobre Descolonización. Eran planteamientos todavía no bien fundamentados, pero claramente definidos: autodeterminación y reconocimiento como pueblos en los términos del primer y segundo artículo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que apenas un año atrás, el 3 de enero de 1976, había entrado en vigor.<sup>6</sup>

La Conferencia de Ginebra marcó un hito histórico. La Declaración de principios por la defensa de las naciones y pueblos indígenas del hemisferio occidental, fue considerada durante casi una década como el principal documento programático del movimiento indígena de esa época y para los efectos de esta investigación representa el marco teórico, el antecedente más importante de la reciente Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Por lo que respecta a la Atención, Protección y Defensa de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígena en México, está la creación de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2003), cuyo antecedente es el desaparecido Instituto Nacional Indigenista (1948); la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (1990) y de su Coordinación de Asuntos Indígenas (1992), antecedente de la Cuarta Visitaduría que se encarga de la atención a la población más vulnerable del país. No obstante, la CNDH desde su creación ha contado con un Programa de Asuntos Indígenas y el programa para los Altos y Selva de Chiapas. Así como el caso particular de los programas de trabajadores migrantes en donde sobresale un número considerable de población indígena. También, encontramos en el sistema no jurisdiccional de protección y defensa de los derechos humanos —32 comisiones estatales—, donde por lo menos cuentan con un programa de atención a los pueblos indígenas por cada una de ellas. Y particularmente, para esta investigación el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (2005).

<sup>6</sup> El derecho a la libre determinación está consagrado por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que entró en vigor el 23 de marzo de 1976 y por el *Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en el artículo primero en ambos.

## II. LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Los derechos humanos de los pueblos indígenas se inscriben en el denominado derecho social y más contemporáneamente en los derechos de “solidaridad” y autodeterminación de los pueblos. El punto de partida de su fundamentación debe ser el derecho a la diferencia, esto es, el derecho a ser, y a ser considerados diferentes del resto de la población. Algún autor ha propuesto incluso la denominación de derecho a la existencia cultural alterna.<sup>7</sup>

Sin embargo, dos son las condiciones previas requeridas para la consecución de este reconocimiento, por un lado, la aceptación del pluralismo cultural, como la base fundamental de la unidad nacional y que supone deshacerse del dogma del etnocentrismo descriptivo y sectario de una monocultura, que desprecia a todas las demás, rebajándolas a la condición descriptiva de “primitivas” y por, el otro, de su condición de pueblos, ya que involucra el derecho a la autodeterminación.

La noción de “derechos étnicos” surge entonces como referente obligado para enunciar los derechos humanos de los grupos étnicos, cuya situación es particularmente vulnerable debido precisamente a las desventajas y violaciones que sufren como entidades con características étnicas propias, distintas de las de la sociedad dominante.<sup>8</sup> Los denominados “derechos étnicos” son, en consecuencia, derechos específicos de una colectividad humana en particular, que para el caso de los pueblos indios se fundamenta y legitima en el discurso de la indigeneidad.

Estos derechos específicos son entre muchos otros, el derecho a la autodeterminación, al territorio, a la lengua, al derecho indígena, a la educación bilingüe, etcétera. Se ha señalado además y por paradójico que parezca, que un primer derecho humano específico para los pueblos indígenas, es el derecho a sus derechos, a la vigencia real y efectiva de su realización plena como hombres y mujeres, lo que involucra por igual a los derechos civiles y políticos. A los derechos económicos, sociales y culturales, a los derechos denominados de la “tercera generación” tales como el derecho a la paz, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, al patrimonio común de la humanidad y a la libre determinación de los pueblos. Difícilmente, estos derechos étnicos podrán realizarse mientras los pueblos indios vivan en condiciones de explotación, marginación y discriminación.

<sup>7</sup> Bartolomé, Miguel Alberto, “El derecho a la existencia cultural alterna”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994. p. 103.

<sup>8</sup> Stavenhagen, Rodolfo, “Derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, núm. 15, enero-junio, 1992, p. 126.

Los derechos humanos específicos de los pueblos indígenas o también denominados “derechos étnicos” son en consecuencia derechos colectivos, esto es, derechos reclamados por una colectividad, como lo son los indígenas y en contraposición con los derechos individuales —en donde el sujeto es el individuo—. La doctrina clásica afirma Rodolfo Stavenhagen, afirma que en la medida en que los derechos humanos son individuales, de la persona, las colectividades no pueden ser sujetos de los derechos humanos (...) los derechos humanos en sentido estricto no son propios de los grupos sociales cualquiera que sean sus características y concluye magistralmente: “Esta afirmación parece lógica e irrefutable y, sin embargo, deberá ser cuestionada”.<sup>9</sup>

Estos son sus razonamientos:

En primer lugar, es preciso reconocer que ciertos derechos humanos individuales solamente pueden ser ejercidos plenamente en forma colectiva. Así los derechos políticos (el derecho a la libre asociación) y los económicos (el derecho a pertenecer a un sindicato) no pueden concebirse más que como un ejercicio colectivo.

En segundo lugar, siendo la naturaleza del ser humano eminentemente social, las principales actividades alrededor de las cuales se ha construido el debate sobre los derechos humanos se realizan en grupos y colectividades con personalidad propia. En consecuencia, el ejercicio de numerosos derechos humanos puede realizarse en el marco de estas colectividades que para ello deberán ser reconocidas y respetadas como tales por el Estado y la sociedad en su conjunto.

La conclusión provisional y normativa que emana de estos razonamientos es precisa: los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueve a su vez los derechos individuales de sus miembros.

### III. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el ámbito internacional, al término de la Segunda Guerra Mundial se tomaron algunas medidas por parte de las Naciones Unidas y del Sistema Interamericano, en referencia a los derechos y libertades universales de todas las personas, incluidos los pueblos indígenas, entre los antecedentes están: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948; la Convención y Recomendación concerniente a la Lucha contra la Discriminación en el

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 132.

Dominio de la Enseñanza (UNESCO, 1957); el Convenio núm. 107 de la OIT (1957) —antecedente del 169—; la Convención sobre Prevención y Represión del Crimen de Genocidio (1967); los Pactos Internacionales de 1966, esto es, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 1o., 6o., 14, 18, 26 y 27); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (derechos de la segunda generación); así como el protocolo facultativo; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1976), en coordinación con la Subcomisión de Minorías del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas; y en el contexto del Sistema Interamericano, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos (1969).

Sin embargo, a excepción del *Convenio 107* de la OIT, los instrumentos antes citados, no regularon de manera específica lo relativo a los derechos de los pueblos indígenas.

Es hasta años recientes, que estos derechos han cobrado una importancia cada vez mayor dentro del derecho internacional. En particular, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, significó en su momento un nuevo momento para el desarrollo de los nuevos derechos colectivos. En sus artículos 19 al 24, esta Carta hace una relación de un número sin precedente de derechos de los pueblos, empezando por un derecho a la igualdad y terminando con un derecho a un medio ambiente sano y satisfactorio en general. El derecho al desarrollo, cuyo reconocimiento y elaboración son resultado de las demandas de hace algunos años por parte de los países del tercer mundo, fue asignado en 1979 por la resolución 34/64 de la Asamblea General de la ONU.

Son significativos los trabajos de la UNESCO en México en 1980; el Seminario Cultura y Pensamiento, en Argel en 1981, convocado por la Universidad de Naciones Unidas y el Gobierno de Argel; la reunión de FLACSO-UNESCO sobre etnocidio y etnodesarrollo en 1982; la inclusión para su estudio (derecho indígena) en los cursos anuales del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de San José, Costa Rica, los esfuerzos que viene haciendo la Academia Mexicana de Derechos Humanos en México.<sup>10</sup>

Es menester comentar que hasta hace sólo unos años, el interés por el “problema indígena” se había reducido a unas cuantas especialidades de las ciencias sociales, casi siempre con el propósito explícito de lograr la integra-

<sup>10</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indígenas”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas* de la UAEM, México, Núm. 10, nueva época, 1994, p. 70.



ción de estas poblaciones a la sociedad nacional. Para los especialistas en derechos internacional el asunto de “los aborígenes” fue un tema al que le otorgaron poca atención y lo hicieron desde un enfoque meramente tutelar o humanitario. Recientemente las cosas empezaron a cambiar, y el derecho positivo se ha ocupado ya de esta cuestión. El reconocimiento de nuevos derechos como el derecho a la diferencia o los colectivos y la adopción de nuevos instrumentos internacionales como el *Convenio* núm. 169 de la OIT que es el más acabado en cuanto a protección internacional y nacional de los pueblos indígenas.

También se ha mencionado en la introducción, la presencia constante de un fuerte movimiento indígena en los foros internacionales, quienes han buscado el reconocimiento de sus derechos en instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas (13 de septiembre de 2007).

No obstante, en este largo camino en el proceso de universalización de los derechos de los pueblos indígenas, queda mucho que recorrer todavía, para que estos derechos no sólo se queden en un catálogo moral de reconocimientos, sino que se traduzcan en la defensa cotidiana de estos pueblos. Falta también que se desarrollen órganos especialmente creados en el marco de organizaciones internacionales más estables para garantizar una protección permanente y real de sus derechos.

#### IV. EL ETNODESARROLLO

La revisión de la historia del desarrollo de los países de América Latina —en especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX— muestra cuán grandes han sido los impactos que el proyecto capitalista ha tenido en los pueblos de la región, muchos de los cuales se agregaron o reforzaron a los que se habían producido en la época colonial, y que justificaron concebir el desarrollo como la “modernización” de sociedades tradicionales precapitalistas, regidas por relaciones económicas y políticas cuasicoloniales.<sup>11</sup>

También la historia nos muestra que el proceso de desarrollo de estos países estuvo estrechamente ligado a la consolidación del Estado nacional, y que el liberalismo fue el sustento ideológico-político a partir del cual se definieron las líneas maestras del proyecto modernizador y por tanto de las

<sup>11</sup> Valencia, Enrique, “Etnodesarrollo y perspectivas étnicas”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Etnicidad y Derecho. Un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 11.

relaciones sociales entre indios y no-indios. Ellas fueron: la igualdad general de todos los individuos ante la ley y la libre concurrencia y competencias económicas, inclusive del mercado de trabajo.

Estas ideas, y los intereses dominantes del Estado-nación, sirvieron de fundamento a la desigualdad y asimetría que desde entonces ha caracterizado las relaciones sociales, económicas y políticas de las sociedades latinoamericanas y han configurado la situación de marginalidad característica del proyecto de desarrollo dominante.

Estos impactos, ciertamente, también afectaron a los campesinos y a los pobres de las ciudades, pero no afectaron tan profundamente la infraestructura cultural, como sí sucedió en el caso de los pueblos indígenas que para el caso, se dio la destrucción de sus referentes identitarios y de su cosmovisión.

Es, en este sentido, que las políticas integracionistas como expresión concreta de las relaciones entre los pueblos indígenas y el estado nacional que han servido como instrumento de etnocidio, con el cual se planteaba la homogeneización social y cultural de la sociedad nacional.

Los planteamientos citados arriba pertenecen a Enrique Valencia, destacado científico social, denominado como uno de los “magníficos” de la antropología crítica latinoamericana y de los principales teóricos de la propuesta del etnodesarrollo.

Este concepto progresó conjuntamente con el surgimiento de las luchas indígenas en Latinoamérica; en un contexto en que las dictaduras militares negaban los derechos de amplios sectores de la población. Se desarrolló un movimiento que cuestionó las políticas de integración de la población indígena a los modelos de desarrollo occidental. Se planteó una nueva propuesta teórico-política, con base en una concepción teórica sobre el evolucionismo multilineal, que buscó una salida hacia la construcción de nuevos modelos civilizatorios enfocados a la recuperación de la cultura de los pueblos. Darcy Ribeiro en Brasil, Stefano Varese en Perú; Diego Iturralde en Ecuador, Guillermo Bonfil Batalla, Enrique Valencia, Rodolfo Stavenhagen, Margarita Nolasco y Salomón Nahmed “*los magníficos*” en México, fueron algunos de los exponentes de este movimiento que ocurrió a la par del auge de las luchas indígenas.<sup>12</sup>

Así, en 1971 en la isla de Barbados, se celebró una primera reunión latinoamericana en donde confluyeron representantes de organizaciones indígenas e intelectuales. En este acto se acordó reivindicar los derechos de los indígenas y demandar deberes mínimos de los estados nacionales para

<sup>12</sup> Oehmichen Bazán, María Cristina, *Reforma del Estado. Política Social e Indigenismo en México*, México, UNAM, 1988-1994, p. 81.

evitar situaciones de etnocidio y genocidio. En la mayoría de los países de América del sur, diversas organizaciones hicieron portavoces de este acuerdo, conocido como Declaración de Barbados. Seis años más tarde, ante la aparición y fortalecimiento de nuevas organizaciones y movimientos indígenas en casi toda Latinoamérica, se planteó una segunda reunión de análisis global. Ésta se efectuó en Barbados en julio de 1977. Una de las áreas de mayor interés fue la del derecho y la viabilidad de la autodeterminación de los pueblos indígenas (Grupo Barbados, 1977).

En los años siguientes, se efectuaron otros foros internacionales para promover medidas destinadas a garantizar los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Así, en diciembre de 1981 era promulgada en Costa Rica la Declaración de San José, como resultado de una reunión internacional convocada por la UNESCO y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. En la Declaración, nuevamente se denunciaba la pérdida de identidad cultural de las poblaciones indias de América Latina y se reivindicaba el etnodesarrollo como un derecho de los pueblos indios. La reunión hizo un llamado a diversos organismos internacionales, entre ellos: ONU, OEA, OIT, OMS y UNESCO para tomar medidas al respecto.

A partir de la crítica contra el indigenismo integracionista y del ascenso de la lucha indígena en Latinoamérica se elaboraron nuevas propuestas que se perfilaban hacia la construcción de un discurso en el que la pluriculturalidad tuviera cabida en el proyecto de nación. Se reivindicó el derecho de los pueblos indígenas a la autodeterminación, a preservar sus culturas, a fortalecer sus procesos de identidad, entre otras.

El concepto de etnodesarrollo nació de este proceso, formulado en el marco más amplio del movimiento universal por el derecho a las diferencias. Dicho concepto se presentó también como un derecho que reclamaban los indios americanos, quienes manifestaban el renacimiento de una conciencia social indígena tendiente a afirmar su identidad étnica como oposición a la negación colonial.

El Convenio 169 de la OIT y la reciente Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas tienen como característica el etnodesarrollo de sus propuestas. El primero como ya lo he mencionado, es el más acabado en cuanto a protección internacional y nacional de los pueblos indígenas, mientras que la Declaración comenzará a ser un nuevo instrumento de su defensa. Así, las actividades normativas internacionales constituyen un aspecto esencial de lucha de los pueblos indígenas para la efectiva protección de sus derechos humanos, en el marco de los cambios estructurales que ocurrirán necesariamente si han de tener algún significado estos derechos.

### 1. *Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo*

El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas ha sido resultado de un lento proceso de toma de conciencia de la comunidad internacional. Este tema pasó así a ocupar un lugar destacado en la agenda internacional de los derechos humanos y el desarrollo.

Las Naciones Unidas y otras organizaciones internacionales desplegaron desde los años sesenta, una serie de actividades que influyeron directa o indirectamente, en la fijación de normas para las poblaciones indígenas cuyo producto preponderantemente lo constituyen sin duda los dos Pactos sobre Derechos Humanos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966.

Los dos párrafos anteriores abren la introducción para una edición de este instrumento internacional, editado en agosto de 1966 por la propia oficina de la OIT, para América Central y Panamá, firmado por Ian Chambers, director de esta oficina; en donde también se agrega que la OIT ha venido realizando una prolífica acción sobre el tema cuyo logro ha sido la adopción en 1989, de el Convenio núm. 169.

Este nuevo Convenio, que revisa normas anteriores de la OIT,<sup>13</sup> especialmente el Convenio núm. 107 (1957), se aplica a los pueblos indígenas de países independientes cuyas condiciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y aquellos pueblos de países independientes considerados indígenas por su descendencia.

Este Convenio se adoptó por su Conferencia General en 1989 y su entrada en vigor internacional fue el 5 de septiembre de 1991. En nuestro país entró en vigor en septiembre de 1991. Documento del que los pueblos indígenas mexicanos han hecho suyo sus principios como elementos sustanciales de sus demandas. De aquí, la pertinencia de su revisión.

Las normas de la OIT son de dos tipos: convenios y recomendaciones. Los convenios son normas obligatorias para los países que los ratifiquen y se vuelven derecho nacional después de su ratificación. Las recomendaciones

<sup>13</sup> La Organización Internacional del Trabajo (OIT) surgió en 1919 en el contexto de la posguerra, es decir, después de la Primera Guerra Mundial. El papel que se le asignó desde su creación, fue el de promover la justicia social, el derecho a la libre sindicalización y a la negociación colectiva. Está muy ligada a la emisión de una serie de normas reguladoras del trabajo. La OIT es un organismo tripartita porque está formada por los Estados miembros y por delegaciones de patrones y de trabajadores. Desde los años veinte fue surgiendo en esta organización la preocupación por el mundo rural. Su labor consiste en promover la justicia social para los trabajadores del mundo. Formular políticas y programas internacionales para contribuir a mejorar las condiciones de vida y de trabajo.

no tienen fuerza obligatoria y constituyen orientación para la aplicación de los convenios.

Los principios básicos del Convenio 169 de la OIT son:

- El respeto a las culturas, formas de vida y de organización e instituciones tradicionales de los pueblos indígenas y tribales.
- La participación efectiva de estos pueblos en las decisiones que les afectan.
- El establecimiento de mecanismos adecuados y procedimientos para dar cumplimiento al Convenio, de acuerdo con cada país.

Su estructura:

Se integra por un preámbulo que contiene una explicación sobre las consideraciones más importantes que se tuvieron presentes al elaborarlo. Ocho partes de contenido y dos disposiciones generales y finales, como a continuación se indica:

Parte I. Política General (artículos 1 al 12).

Parte II. Tierras (artículos 13 al 19).

Parte III. Contratación y Condiciones de empleo (artículo 20).

Parte IV. Formación Profesional, Artesanías e Industrias Rurales (artículos 21 al 23).

Parte VI. Educación y Medios de Comunicación (artículos 16 al 31).

Parte VII. Contactos y Cooperación a través de las Fronteras (artículo 32).

Parte VIII. Administración (artículos 34 y 35).

Parte IX. Disposiciones Generales (artículos 34 y 35).

Parte X. Disposiciones Finales (artículo 36 al 44).

El artículo 6o. indica que los gobiernos deberán consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos participativos, cada vez que prevean medidas susceptibles de afectarles directamente, con el fin de que sus instituciones e iniciativas alcancen pleno desarrollo.

Se señala también el derecho de los pueblos indígenas a decidir sus prioridades de desarrollo, en la medida que no afecte sus vidas, sus tierras, creencias, instituciones, etcétera, y a controlar su propio desarrollo participando en la formulación, aplicación y evaluación de los planes que los afecten directamente.

En este mismo precepto se prevé el establecimiento de medios para que los pueblos interesados puedan participar libremente en todos los niveles y diferentes instancias, en la adopción de soluciones que les conciernan.

El nivel de consulta y participación se precisa en el párrafo 2 del artículo en cuestión, en donde se indica que las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio, deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a tener un acuerdo para lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

Una contribución importante es la disposición que prevé el reconocimiento de las artesanías, las industrias rurales y comunitarias, y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos indígenas y tribales —caza, pesca, caza con trampas, etcétera—, como factores importantes del mantenimiento de su cultura, autosuficiencia y desarrollo económico. Además, con dicha participación los gobiernos deberán velar por el fortalecimiento y fomento de tales actividades (artículo 23).

El Convenio prevé que los servicios de salud que se establezcan a favor de los pueblos en cuestión, además de plantearse y administrarse en cooperación con dichos pueblos, deberá tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales.

En el ámbito de la educación, hay una serie de disposiciones que prevén la obligación de los gobiernos de crear los medios para garantizar que los miembros de los pueblos indígenas y tribales, tengan acceso a los diferentes niveles del sistema educativo, así como de desarrollar y aplicar programas y servicios educativos a favor de los pueblos interesados en colaboración con estos últimos (artículos 26 y 27).

Al pugnar por preservación y difusión de las lenguas indígenas, así como de los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados, el Convenio prevé que se deberá enseñar a los niños de esos pueblos a leer y escribir en su propia lengua indígena o en alguna de las más comúnmente habladas en el grupo al que pertenezcan. Pero además a los miembros de estos pueblos, se les deberá enseñar la lengua nacional o la oficial del país en que residen (artículo 28).

El Convenio prevé que los gobiernos deberán reconocer el derecho de estos pueblos a crear sus propias instituciones y medios de educación y para tales efectos se les deberán facilitar los recursos apropiados.

Uno de los aspectos más relevantes lo constituye el hecho de que se ha abandonado la concepción integracionista que se enunciaba en el Convenio num. 107, lo que se refleja en el uso del término “pueblos” respecto de “poblaciones” utilizado en el citado documento. De igual manera, recoge los conceptos básicos de respeto y participación. Respeto a la cultura, a la religión, a la organización social y económica y a la identidad propia: sus premisas se fundamentan en la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales.

El Convenio núm 169 de la OIT es un instrumento jurídico internacional que contribuye a la construcción del proceso democrático en los Estados pluriétnicos y pluriculturales. No reconoce las políticas integracionistas y asimilacionistas, sino propicia el florecimiento de los pueblos de acuerdo a sus particularidades y diferencias, y no a la uniformidad, al monoculturalismo que prevalece en la mayor parte de las naciones. Es un instrumento que a los gobiernos firmantes otorga un compromiso interno e internacional a partir de su ratificación, por medio de la creación de un mecanismo de supervisión y control.

Es también el resultado de las discusiones en materia de derecho internacional social (agrario, laboral, económico, ecológico, seguridad social y derecho indígena) que afecta a un sector amplio de nuestra población. La primera reclamación de los pueblos indígenas tiene que ver con lo agrario y lo laboral: la tierra como espacio étnico y como medio de producción.

Los pueblos indígenas participaron activamente en la discusión del Convenio, lo que fue un significativo avance que comienza a reconocer las voces negadas, que supera las visiones positivas que se negaron a reconocer la especificidad de lo étnico.

La identificación tácita entre autodeterminación e independencia ha tenido consecuencias importantes en perjuicio de la causa indígena en países independientes de la OIT. Según algunos autores especialistas en la temática, se establece una severa restricción a los derechos indígenas en tanto pueblos, debido a los temores que despierte la asociación con la autodeterminación.<sup>14</sup>

Por su importancia, el *Convenio* como lo mencioné ha servido a las organizaciones indígenas como plataforma de demandas y como mecanismo de formación y reflexión —es menester comentar que el concepto “pueblos indígenas”— que está definido en nuestro artículo 2o. constitucional, fue tomado de este documento.

El Convenio continua vigente como el instrumento jurídico internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, al constituirse como norma mínima de protección para estos pueblos en el sistema internacional, el cual ha dado origen a diversas aportaciones en los ámbitos internacional, nacional, estatal, municipal de los países que lo han firmado y ratificado. Basta mencionar, la creación del Fondo Indígena de Desarrollo para los Pueblos Indígenas de Latinoamérica y del Caribe, que tuvo como fundamento jurídico dicho Convenio.

<sup>14</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, “A propósito del debate sobre el Convenio número 169 de la OIT en Guatemala, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 182 y 183.

En Latinoamérica lo han ratificado Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Paraguay, Perú y Venezuela. En varios de estos países se han introducido cambios trascendentes en sus Constituciones para reconocer el carácter multiétnico y pluricultural de sus sociedades. Por citar un ejemplo, en Guatemala fue utilizado como marco conceptual para el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (1996) firmado por el gobierno de Guatemala y la Unidad Nacional Revolucionaria Guatemalteca. También en México, de manera similar, los Acuerdos de San Andrés Larraínzar (1996) tomaron como base algunos de sus preceptos.

## 2. *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas*

El trece de septiembre de 2007, después de más de treinta años de lucha y esfuerzos diplomáticos a nivel internacional por parte de los pueblos indígenas, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>15</sup> Esta declaración representa un avance muy importante a nivel internacional en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas. México votó a favor de la *Declaración* junto con la gran mayoría de los países integrantes de la ONU, con excepción de cuatro países que votaron en contra: Australia, Canadá, Estados Unidos y Nueva Zelanda.<sup>16</sup> Como todas las declaraciones de la Asamblea General, esta *Declaración* representa un consenso a nivel internacional sobre el tema, en este caso, los derechos de los pueblos indígenas.

La importancia de las declaraciones internacionales radica en que son fuente de derecho internacional público, basta con recordar que la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) sirvió como base para lo que entendemos hoy en día como los derechos humanos, y que los principales tratados de derechos humanos surgieron de ella, pues dichos tratados, en términos reales, explican detalladamente sus provisiones.

La Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas se conforma de un preámbulo y de 46 artículos en donde se establece el reconocimiento, la promoción y la protección de los derechos y las libertades de los pueblos indígenas y el desarrollo de actividades de las Naciones Unidas en esta esfera.

Este articulado puede estructurarse en los grandes desafíos del derecho indígena: Derecho a la libre determinación, la consulta popular y el con-

<sup>15</sup> El texto de la Declaración está disponible en Internet [www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/index.html](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/es/index.html).

<sup>16</sup> El voto final fue 143 a favor, cuatro en contra y once abstenciones.



sentimiento libre, previo e informado; tierras y territorios y los medios de información y comunicación, entre otros.

En su conjunto, esta Declaración expresa que los pueblos indígenas tienen derecho al disfrute pleno y efectivo de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos (artículo 1o.).

De igual forma, indica que las personas y los pueblos indígenas son libres y tienen derecho a no ser objeto de ninguna discriminación en el ejercicio de sus derechos que está fundada, en particular, en su origen o identidad indígena (artículo 2o.).

En este sentido, y de acuerdo al artículo anterior, los pueblos y las personas indígenas tienen el derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de este derecho (artículo 9o.).

Esto incluye el derecho a ejercer como asunto interno y local, la práctica y revitalización de sus costumbres y tradiciones culturales: el derecho a mantener y de proteger y desarrollar y enseñar sus tradiciones, costumbres y las generaciones futuras, sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas (artículo 11, 12 y 13).

Por otra parte, y también en ejercicio del derecho a libre determinación, autonomía para decidir sus asuntos internos y locales, la *Declaración Universal* establece el derecho que tiene los pueblos indígenas para mantener y desarrollar sus propios sistemas políticos, económicos y sociales (Artículo 3o.).

También tiene derecho a desarrollar sus propias medicinas y prácticas de salud tradicionales (artículos 23 y 24); a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo y la utilización de sus tierras, territorios y otros recursos (artículo 25, 26, 27, 28, 29 y 30); a determinar su propia ciudadanía conforme a sus costumbres y tradiciones; a determinar las estructuras ya elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos (Artículo 33).

De la misma forma, tiene derecho a promover, desarrollar y mantener de manera interna sus estructuras institucionales y costumbres, tradiciones, prácticas jurídicas, de conformidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; de similar manera, el derecho colectivo para determinar las responsabilidades de los individuos indígenas para con sus comunidades (artículos 34 y 35).

Ahora bien, la autonomía y la libre determinación no significan de ninguna manera que su proponga la creación de reservas para asegurar a los

pueblos indígenas; tampoco plantea la creación de Estados propios, no establece la fragmentación indígena o nacional ni propicia el temido separatismo o la desintegración de los Estado-nación. Por el contrario, la Declaración Universal propone una nueva visión del Estado contemporáneo que armoniza los diferentes aspectos y sectores de una verdadera sociedad pluricultural y pluriétnica, donde la unidad esté basada en la diversidad cultural y no en la integración y asimilación de los diferentes sectores de la sociedad que lo forman.

En este sentido, la propia Declaración establece que aunque los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus propios sistemas e instituciones docentes, que les permita impartir educación en sus propios idiomas en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje (artículo 14).

De igual manera, la Declaración considera como asunto autonómico interno, el derecho que tiene los pueblos indígenas a establecer sus propios medios de información en sus propios idiomas, sin que esto menoscabe el derecho que tiene para acceder a todos los demás medios de información no indígena (artículo 16, primer párrafo).

Además, se señalan las bases de la convivencia pluricultural y pluriétnica, al establecer que los pueblos indígenas tienen derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historia y aspiraciones queden debidamente reflejadas en todas las formas de educación e información pública. Asimismo, que los Estados adoptarán medidas para eliminar los prejuicios y la discriminación y proveerán la tolerancia, comprensión y buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los sectores de la sociedad y que adoptarán medidas eficaces para asegurar que los medios de información estatales, reflejen debidamente la diversidad cultural indígena (artículo 15 y 16, segundo párrafo).

El ejercicio de la autonomía interna y el autogobierno, no coartan la libre participación de los pueblos indígenas en la construcción del Estado nacional pluricultural; por el contrario, la refuerza al garantizarle el uso de sus propios procedimientos e instituciones de adopción de decisiones, que les permita elegir sus propios representantes para ejercer el derecho de participación plena en todos los asuntos administrativos y legislativos que les afecten (artículo 18).

Además, establece la obligación que tiene el Estado para garantizar su participación en la elaboración de programas que mejoren sus condiciones económicas y sociales, incluido el empleo, capacitación y perfeccionamiento profesional, vivienda, salud y seguridad social (artículo 21, segundo párrafo).

Uno de los asuntos sustantivos que siempre ha causado controversia en todos los Estados, es el referente al derecho a la tierra que está vinculado a la libre determinación, la autonomía y el autogobierno. En este aspecto, la Declaración recoge los principios y derechos que han sido ya reconocidos y establecidos en el Convenio núm. 169 de la OIT. Igualmente, se establece la obligación de los Estados de respetar la relación espiritual y cultura que los indígenas tienen con la tierra o territorios que habitan o utilizan; se reconoce el derecho autonómico interno para poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios. Así, también el pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra e instituciones para el desarrollo y la gestión de recursos; a la conservación, reconstitución y protección del medio ambiente total y la capacidad productiva de sus tierras, territorios y recursos (artículos 25 al 30 y 32).

Desde mi punto de vista, puede decirse que la Declaración Universal ha logrado un punto de equilibrio aceptable tanto para los Estados democráticos como para las organizaciones indígenas; en relación al derecho a la libre determinación, los derechos autonómicos y el autogobierno indígena.

Por un lado, recoge de manera significativa las principales aspiraciones de los indígenas, muchas las cuales ya se encuentran plasmadas en instrumentos internacionales como el Convenio núm. 169 de la OIT; y por el otro; contiene las experiencias de muchos Estados que de manera destacada han avanzado tanto en la práctica como en el reconocimiento de sus derechos.

La Declaración Universal represente un documento valioso que orientará las pautas de conducta de la actividad de los Estados, con la finalidad de homologar sus ordenamientos internos a favor de una mejor protección de los derechos de los pueblos indígenas.

### 3. *Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos*

La Declaración Universal de Derechos Lingüísticos fue aprobada en un acto celebrado el día 6 de junio en el Paraninfo de la Universidad de Barcelona, en 1996. Los delegados de las ONGs, de los Centros PEN y los expertos firmaron el documento en el mismo acto, al final del cual entregaron el texto y las firmas al representante del Director General de la UNESCO. De esta manera, la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos empezaba un nuevo camino: el que la ha de conducir a ser una Convención Internacional de las Naciones Unidas.<sup>17</sup> Esta Declaración es resultado de un

<sup>17</sup> Entre los días 6 y 9 de junio de 1996 se reunieron en Barcelona, España, 61 ONGs, 30 Centros PEN y 40 expertos en derecho lingüístico de todo el mundo. La convocatoria de la

largo proceso de reflexión que comenzó en septiembre de 1994, cuando las entidades promotoras de la Conferencia Mundial de los Derechos Lingüísticos bajo el apoyo de la UNESCO, encargaron la redacción a un equipo de expertos procedentes de diferentes disciplinas y campos de actuación. Así, la diversidad de aportaciones que el equipo de expertos recibió durante el proceso de redacción fue un factor determinante para que la Declaración reflejara la multiplicidad de contextos sociolingüísticos.

Uno de los esfuerzos de los redactores fue definir unos derechos lingüísticos equitativos, sin subordinarlos al estatus político o administrativo del territorio al que pertenece la comunidad lingüística, ni a criterios como el grado de codificación o el número de parlantes. Por ese motivo, la Declaración proclama la igualdad de derechos lingüísticos, sin distinciones no pertinentes entre lenguas oficiales/no oficiales, nacionales/regionales/locales, mayoritarias/minoritarias, o modernas/arcaicas.

Esta Declaración considera inseparable e interdependientes las dimensiones colectiva e individual de los derechos lingüísticos, ya que la lengua se constituye colectivamente en el seno de una comunidad y es también en el seno de esa comunidad que las personas usan la lengua individualmente. De esta manera, el ejercicio de los derechos lingüísticos sólo puede ser efectivo si se respetan los derechos colectivos de todas las comunidades y todos los grupos lingüísticos.

Articular los derechos lingüísticos de comunidades, grupos y personas que comparten un mismo espacio, se lee en su preámbulo, es imprescindible para garantizar la convivencia, pero resulta extraordinariamente complejo. Por ello, la Declaración tiene en cuenta los derechos de las comunidades lingüísticas asentadas históricamente en un territorio con el fin de establecer una gradación, aplicable en cada caso, de los derechos de los grupos lingüísticos con diferentes grados de historicidad y de autoidentificación, y de los individuos que viven fuera de su comunidad de origen.

La Declaración consta de 52 artículos y dos disposiciones —adicionales y finales—, y parte de las comunidades lingüísticas y no de los Estados, y se inscriben en el marco de refuerzo de las instituciones internacionales capaces de garantizar un desarrollo sostenible y equitativo para toda la humanidad y tiene como finalidad propiciar un marco de organización política de la diversidad lingüística basada en el respeto, la convivencia y el beneficio recíprocos. Aunque destaca la responsabilidad ineludible de los poderes pú-

blicos, se centra en los derechos y no en las obligaciones o las prohibiciones, y pone el acento en la búsqueda de soluciones adaptadas a cada a partir del consenso democrático.

#### 4. *Declaración de Totonicapán “Adrián Inés Chávez” sobre el derecho de los pueblos indígenas a la lengua*

Esta Declaración<sup>18</sup> reconoce que el derecho a la lengua de los pueblos forma parte del derecho a la cultura y educación y de la libre determinación de los pueblos; reconoce también la diversidad lingüística y toma como válido el marco jurídico internacional que debe ser aplicado por los Estados, quienes son los responsables de garantizar estos derechos promoviendo políticas públicas y plurilingües.

Esta Declaración fue signada el 12 de octubre de 2001, en Totonicapán Guatemala, por los miembros participantes de las Jornadas Lascasianas Internacionales, instancia académica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, que en aquella edición trabajó la temática lingüística. Esta Declaración fue presentada en foros internacionales y nacionales, en la OEA y en la Reunión Anual del Pen Club en México en 2003.

### V. LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

Se considera que México ocupa el octavo lugar mundial entre los 9 países con mayor diversidad lingüística originada en sus pueblos indígenas. En números redondos existen 9,854,301 indígenas, lo que representa el 9.54 por ciento de la población total.

La población indígena siempre ha sido parte fundamental de la realidad social nacional. La Independencia de México; la defensa de la soberanía nacional durante las intervenciones extranjeras del siglo XIX, la norteamericana y la francesa, y la Revolución mexicana del siglo XX no pueden entenderse sin el enorme papel que los pueblos indígenas tuvieron en esas luchas. Sin embargo, a pesar de su importancia numérica e histórica, los pueblos indios siempre han ocupado el último lugar en materia de niveles de bienestar social, y han sido los menos atendidos por las políticas públicas. Han sido y son los más pobres dentro de los más pobres.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 149 y 150.

<sup>19</sup> Bailón Corres, Moisés Jaime, *Derecho de los pueblos indígenas en las entidades federativas*, México: CNDH, 2008, pp. 9-11.

La irrupción armada del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), en 1994, puso el dedo en la llaga del olvido nacional. Los pueblos indígenas, que desde los años setenta venían exigiendo reconocimiento a sus derechos y la atención por parte del Estado para avanzar en temas de justicia y desarrollo, encontraron en ese movimiento un catalizador fundamental. La temática indígena se volvió parte de la agenda nacional y los medios de comunicación modernos como el internet dio cuenta de ello en todo el mundo.

En 1992 se había realizado una reforma constitucional al artículo 4o. mediante la adición de un primer párrafo, que reconocía la composición pluricultural de la nación mexicana, sustentada originalmente en sus pueblos indígenas; decía que la ley protegería y promovería el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y que garantizaría a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado, así como también disponía que los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte se tomarían en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas.

Sin embargo, estos contenidos no eran suficientes para un movimiento indígena en ascenso, ahora apuntalado por un movimiento armado. Así, durante casi 10 años se debatió en México sobre la pertinencia de un reconocimiento a los pueblos indígenas en la estructura legal mexicana. Finalmente, en agosto de 2001, el *Diario Oficial de la Federación* publicó las reformas constitucionales que avanzaron en dicho reconocimiento.<sup>20</sup>

En el artículo 2o., esencia de la reforma indígena, aunque se afirma la calidad única e indivisible de la nación mexicana, se establece que ésta tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. Se entiende por éstos aquellos pueblos que descenden 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.<sup>21</sup>

El criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican estas disposiciones sobre pueblos indígenas será de ahora en adelante la conciencia de su identidad indígena, es decir la autoadscripción. Asimismo, se define a las comunidades integrantes de un pueblo indígena como aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, que estén asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con usos y costumbres.

<sup>20</sup> *Op. cit.*, p. 10. Los contenidos de la reforma constitucional indígena publicada en agosto de 2001 se encuentran en los artículos 1o., 2o., 18 y 115.

<sup>21</sup> Artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

También dice el artículo 2o. que el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Se manda que este reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se haga en las constituciones y leyes de las entidades federativas, que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

Dentro de las políticas públicas que marca el apartado B del mencionado artículo están: abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, se establece la obligación de dichas autoridades para impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas; proteger a los migrantes indígenas dentro y fuera del país y consultar a los pueblos y comunidades indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo.

Referente a la implementación de los derechos lingüísticos, este mismo artículo en su fracción cuarta establece el mandato siguiente: “Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura”. De aquí la creación de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas y posteriormente, el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas así como la modificación de la fracción IV del artículo 7o. de la Ley General de Educación, donde se establece la promoción de la pluralidad lingüística de la Nación mediante la enseñanza y el respecto a los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas.<sup>22</sup>

Además, en se menciona en la fracción séptima: “Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura”.

## VI. INSTRUMENTOS LEGALES DE PROMOCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO

En el territorio mexicano se asientan 68 grupos indígenas que hablan 364 variantes lingüísticas.<sup>23</sup> La Comisión Nacional para el Desarrollo de

<sup>22</sup> La *Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas* fue publicada en el *DOF* el día 13 de marzo de 2003 al igual que la reforma para el artículo 7o., fracción IV de la Ley General de Educación.

<sup>23</sup> INALI, 2007, *Catálogo de las lenguas indígenas nacionales: variantes lingüísticas de México con sus autodenominaciones y referencias geoestadísticas*.

los Pueblos Indígenas comentó que en nuestro país existen 9,854,301 indígenas, lo que representa el 9.54 por ciento de la población total; de éstos, 5,856,975 hablan lenguas indígenas.

Los instrumentos legales que, en México promueven los derechos lingüísticos de los pueblos indígenas son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Códigos Federales de Procedimientos (Civil y Penal), la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas (LGDLPI), la Ley de Educación, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, la Ley Agraria, la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal y la Ley General de Salud.

Dada la importancia que reviste la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas para los ordenamientos secundarios.

*Artículo 9o.* Es derecho de todo mexicano comunicarse en la lengua de la que sea hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral o escrita, en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas y cualesquiera otras.

*Artículo 10.* El Estado garantizará el derecho de los pueblos y comunidades indígenas el acceso a la jurisdicción del Estado en la lengua indígena nacional de que sean hablantes. Las autoridades federales responsables de la procuración y administración de justicia, incluyendo las agrarias y laborales proveerán lo necesario a efecto de que en los juicios que realicen, los indígenas sean asistidos gratuitamente, en todo tiempo, por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua indígena y cultura.

*Artículo 11.* Las autoridades educativas federales y de las entidades federativas, garantizarán que la población indígena tenga acceso a la educación obligatoria, bilingüe e intercultural, y adoptarán las medidas necesarias para que en el sistema educativo se asegure el respeto a la dignidad e identidad de las personas, independientemente de su lengua.

*Artículo 12.* La sociedad y en especial los hablantes y las instituciones de los pueblos y las comunidades indígenas serán responsables en la realización de los objetivos de esta Ley, y participantes activos en el uso y la enseñanza de las lenguas en el ámbito familiar, comunitario y regional para la rehabilitación lingüística.

Ley General de Educación:

*Artículo 7o.* Los hablantes de lenguas indígenas, tendrán acceso a la educación obligatoria en su propia lengua y español.



### Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación:

*Artículo 4o.* Se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opinión, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anula el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

*Artículo 9o.* Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad de oportunidades.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables.

*Artículo 14.* Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para la población indígena:

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

A raíz de la reforma al artículo 2o. constitucional, se crearon una serie de instituciones federales con el objetivo de atender desde diferentes ámbitos, a los pueblos y comunidades indígenas en México: la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), el Instituto Nacional para las Lenguas Indígenas (INALI), la Coordinación General de Educación Intercultural Bilingüe (CGEIB-SEP), o bien, otras instituciones que ya existían fortalecieron sus programas de atención, como el Instituto Nacional para la Educación de los Adultos (INEA), el Consejo Nacional de Fomento Educativo (CONAFE), la Dirección General de Educación Indígena (DGEI-SEP).<sup>24</sup>

## VII. CONCLUSIONES

1. Los derechos lingüísticos forman parte de los derechos humanos, es decir, del derecho a la cultura e identidad.

<sup>24</sup> Martínez Paredes, Tonatiuh O., *Derechos lingüísticos en México: una aproximación al panorama legal y políticos de los estados*, Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, 2009, p.14.

2. Se considera que México ocupa el octavo lugar mundial entre los 9 países con mayor diversidad lingüística originada en sus pueblos indígenas. En números redondos existen 9,854,301 indígenas, lo que representa el 9.54 por ciento de la población total.

3. El *artículo 2o.* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce a México como “una nación pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”. Esta definición es compatible con diversos compromisos internacionales adquiridos por el Estado Mexicano, entre los cuales destacan el Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

4. En armonía con la legislación nacional e internacional, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, el 13 de marzo de 2003. Así como la creación del Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (2005), con el objeto de promover el fortalecimiento, preservación y desarrollo de las lenguas indígenas que se hablan en el territorio nacional.

5. Resultan insuficientes las reformas en materia de derechos lingüísticos, ya que sólo se enuncian en los rubros más obvios como educación, salud y administración de justicia. El INALI ha comentado que como autoridad federal encargada de proteger a las lenguas indígenas, se enfrenta a la vulnerabilidad del incumplimiento de su normatividad. Y que es precisamente en los rubros de salud, de administración e impartición de justicia donde se violan estos derechos. Y cita por ejemplo: en el proceso judicial puede significar la condena de un inocente. Así, la violación de los derechos lingüísticos tiene consecuencias en los niveles individual, colectivo y comunitario; incluso alcanza a impactar negativamente a nivel nacional.

## VIII. PROPUESTAS

1. En ninguna entidad federativa existe una ley que proteja íntegramente los derechos lingüísticos de los pueblos asentados en su territorio, por lo que considero indispensable una iniciativa que se discuta en los congresos locales.

2. Participación ciudadana indígena en la propuesta de iniciativa de una ley sobre derechos lingüísticos, fundada en el precepto constitucional (artículo 2o., fracción IX) sobre la consulta a los pueblos indígenas. Esta participación podría estar a cargo de los escritores en lenguas indígenas, o bien, en los ciudadanos organizados y pertenecientes a un pueblo indígena.

3. Reformas a leyes federales específicas en materia de pueblos indígenas. Reformas integrales relativas a la autoadscripción, libre determinación y autonomía, los sistemas normativos internos, entre otros de igual importancia.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, Benedict, *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983.
- Antología sobre Derechos Indígenas en la Procuración de Justicia: retos y realidades*, México, Procuraduría General de la República, 2006.
- BAILÓN CORRES, Moisés Jaime, *Derechos de los Pueblos Indígenas en las Entidades Federativas*, México, CNDH, 2008.
- BERTELY BUSQUETS, María, *Los hombres y las mujeres del maíz*, México, CIESAS, Fundación Ford, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Porrúa, 2009.
- CARRASCO ALTAMIRANO, Diódoro *et. al.*, *¿Una década de reformas indígenas? Multiculturalismo y derechos de los pueblos indios en México*, México, CNDH, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, IIHUABJO, 2009.
- CUBELLS AGUILAR, Lola, *La Construcción de un Estado Multicultural en México a partir del levantamiento zapatista de 1994* (Tesis doctoral), Programa de Doctorado: “Derechos Humanos: Problemas actuales”, España, 2002.
- GILLY, Adolfo, *Chiapas: la razón ardiente. Ensayo sobre la rebelión del mundo encantado*, México, Era, 1997.
- GÓMEZ RIVERA, Magdalena, “El derecho Indígena frente al espejo de América Latina”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 26, julio-diciembre, 1997.
- MARTÍNEZ PAREDES, Tonatiuh, *Derechos Lingüísticos en México. Una aproximación al panorama legal y político de los estados*, México, Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, 2009.
- OEHMICHEN Bazán, María Cristina, *Reforma del Estado. Política Social e Indigenismo en México* (1988-1994), México, IIA-UNAM, 1998.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), *Derechos Indígenas en la actualidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1994.
- , *Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

- , *El derecho a la lengua de los pueblos indígenas. XI Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , *Migración: Pueblos indígenas y afroamericanos. XV Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , “Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indígenas”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UAEM*, México, núm. 10, nueva época, 1994.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos. Informes temáticos del relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, México, UNESCO, 2007.
- , *Conflictos étnicos y estado nación*, México, Siglo XXI-UNRISD, 2000.
- , “Derechos indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, núm. 15, enero-junio, 1992.

#### *Instrumentos, ordenamientos y declaraciones*

- Catálogo de las Lenguas Indígenas*, México, INALI, SEP, 2008.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 2010.
- Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*, 1989 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT/Oficina de la OIT para América Central y Panamá, San José Costa Rica, 2a. edición, 1996.
- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Asamblea General, ONU, septiembre de 2007), sexagésimo primer período de sesiones, tema 68, Informe del Consejo de Derechos Humanos, del 7 de septiembre de 2007. Doc. A/61/L.67 en <http://www.un.org/esa/socdev/unpffi/es/index.html>.
- Declaración Universal de los Derechos Lingüísticos*, Barcelona, España, junio del 6 al 9 1966, en <http://www.oie.org/co/oeivirt/rie13a12.htm>.
- INALI, *Programa de Revitalización, fortalecimiento y desarrollo de las lenguas indígenas nacionales, 2008-2012 PINALI*, México, INALI, SEP, 2008.
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas*, Publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el día 13 de marzo de 2003.



## GARANTÍAS SOCIALES Y REFORMA INSTITUCIONAL

Diego VALADÉS\*

*A la memoria de José Emilio Ordóñez, vigoroso  
defensor e impulsor de los derechos sociales de los  
indígenas, cuya obra perdurará como ejemplo para  
sucesivas generaciones*

SUMARIO: I. *Constitucionalismo social*. II. *Gobernabilidad y bienestar social*. III. *Indicadores de desempeño democrático*. IV. *Nuevo pacto social*. V. *Protección horizontal de los derechos e inconstitucionalidad por omisión*. VI. *Colofón*.

### I. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL

Las cuestiones relacionadas con el derecho social dieron lugar al constitucionalismo social del siglo XX, del que fueron heraldos los constituyentes de Querétaro. El ejemplo mexicano fue complementado por otros dos textos constitucionales: el ruso, de 1918, y el alemán, de Weimar, de 1919. Las motivaciones, sin embargo, fueron diferentes. En México se trató de la culminación de un movimiento social que se proponía el restablecimiento de la vida constitucional y la adopción de medidas de equidad en las relaciones sociales; en el caso ruso se trataba de una transformación radical que incluía la supresión de la monarquía y el establecimiento de la dictadura del proletariado, y en el alemán el objetivo era evitar un proceso análogo al ruso, y anticipar cambios que permitieran absorber las enormes tensiones que generó la paz de Versalles.

El constitucionalismo social surgió con signos muy diversos. En México, por la estructura de la población, eminentemente rural, tuvo un claro én-

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

fasis agrarista; en Rusia el proceso correspondió al de una clase social que se hacía del poder político, y en Alemania, potencia industrial derrotada, se orientó a atender las demandas de las organizaciones sindicales.

El constitucionalismo social sólo se convirtió en una corriente significativa a partir de la segunda posguerra, aunque también deben tenerse presentes dos importantes acciones, que fueron la base del llamado “Estado de bienestar”: el *New Deal* y el Plan Beveridge. El programa de Roosevelt fue desarrollado a partir de 1933;<sup>1</sup> mientras que el programa británico de seguridad social, conocido por el nombre de su autor, William Henry Beveridge, fue diseñado en plena guerra, en 1942, dentro de las acciones que anticiparon las políticas de compensación social que seguirían al fin de la conflagración.

En el caso mexicano, el proceso de urbanización y consiguiente industrialización condujo a ampliar el contenido del derecho social. Fue así como se incorporaron a la Constitución las bases concernientes a la seguridad social, a la vivienda y a la salud, entre la amplia constelación de asuntos que pueden ser englobados en el ámbito del derecho social.

El constitucionalismo de la posguerra tuvo como preocupación central recuperar la legitimidad del Estado; para lograrlo adoptó como coordinadas la democracia y el bienestar.<sup>2</sup> Ambos ejes, el político y el social, se convirtieron en las piezas que garantizaban la gobernabilidad. Hubo, sin embargo, un factor disruptivo: el rápido surgimiento del fenómeno conocido como “guerra fría”. Las tensiones entre las superpotencias llevaron al reparto de áreas de influencia, con una considerable merma de las notas democráticas del Estado. En América Latina la experiencia fue muy negativa; el florecimiento de dictaduras militares, con el pretexto de la seguridad continental, tuvo un efecto derogatorio de las cláusulas democráticas.

Para compensar el vacío democrático, en algunos lugares fueron adoptadas políticas de contenido social. Esta decisión tuvo, empero, dos desven-

<sup>1</sup> En Estados Unidos, el presidente Franklin D. Roosevelt generó una serie de importantes medidas, que comenzaron con la reforma bancaria y que son conocidas como *New Deal*. Entre esas acciones figuraron programas de generación de empleo, de vivienda, de seguridad social, de estabilidad laboral y seguros agrícolas y de desempleo; incluyeron también estímulos para las artes plásticas y escénicas y programas para la juventud y la protección de la vejez.

<sup>2</sup> Véanse, por ejemplo, el artículo 3º de la Constitución italiana de 1947: “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

tajas. Por una parte, las políticas sociales, sin controles democráticos, derivaron hacia el clientelismo y generaron una aparatosa corrupción. Por otra parte, al aparecer como un paliativo ante el déficit democrático, las políticas sociales se fueron desprestigiando.

En el último cuarto del siglo XX los sistemas de bienestar estuvieron sujetos a un doble acoso. En el ámbito interior de los estados, las acciones de prestación del Estado dieron lugar a la concentración del poder político, y la administración de esas prestaciones facilitó la corrupción de los agentes gubernamentales y de los intermediarios, dirigentes de organizaciones sociales. Adicionalmente, la presión para democratizar la vida interna de cada Estado implicó el desmantelamiento del sistema de bienestar, que había sido distorsionado y fungía como un instrumento de control político.

En el ámbito exterior, la fuerza del neoliberalismo se acentuó al caer el muro de Berlín en 1989. Una vez superada la lucha entre potencias políticas y económicas de signo opuesto, la hegemonía del capital adquirió dimensión global. En 1990 John Williamson<sup>3</sup> propuso para América Latina las políticas conocidas como *Consenso de Washington*, que en lo esencial consisten en diez medidas: disciplina fiscal, dirigir el gasto público hacia áreas de alto retorno económico, reforma fiscal, liberación de la tasa de interés, determinación de la tasa de cambio de acuerdo con el mercado, apertura comercial, no regulación de los flujos de capital, privatización, desregulación y seguridad para la propiedad privada.

Por diferentes razones, el sistema de bienestar se fue comprimiendo sin llegar, por supuesto, a verse suprimido. Se han conservado algunos instrumentos que permiten atenuar el rigor de los ajustes económicos, sobre todo con el propósito de amortiguar las tensiones sociales y evitar que se traduzcan en enfrentamientos. Para no verse desplazados por la fuerza combinada del dinero y de la política, los partidos de izquierda han tenido que adoptar, así sea en sigilo, el consenso de Washington, y el Estado, en especial en América Latina, ha pasado a una posición de espectador, más que de actor, en materia social.

Las consecuencias están a la vista. La concentración de la riqueza y extensión de la pobreza son signos distintivos de nuestra época. De acuerdo con el índice adoptado por el Banco Mundial, la mitad de la población (alrededor de tres mil millones de personas) del globo padece de pobreza o de pobreza extrema. Sin embargo, este es un indicador relativo, porque considera en esas circunstancias a quienes tienen un ingreso diario de dos

<sup>3</sup> Cfr. "What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?", en *The World Bank Research Observer*, vol. 15, núm. 2, agosto de 2000, pp. 251-264.



dólares o de un dólar, respectivamente. Esto, sin embargo, no es aplicable a las sociedades opulentas, donde casi nadie se encuentra en esas condiciones. Conforme a los indicadores aplicables en especial a esas sociedades, en Gran Bretaña,<sup>4</sup> por ejemplo, un tercio de la población es pobre.

Una forma muy evidente de medir la pobreza consiste en los niveles de desnutrición. Según el informe del Proyecto Milenio (2002), de la Organización de las Naciones Unidas, el 14% de la población mundial (850 millones de personas) padece hambre y dos mil millones de personas presentan síntomas de desnutrición.<sup>5</sup> En el caso de México las cifras de pobreza y desnutrición no son mejores.

Hacia fines del siglo XIX, Edward Bellamy publicó una novela con aspiraciones de premonición. *Looking Backward. 2000-1887 (El año 2000: una visión retrospectiva)* fue publicada en Estados Unidos en 1888; es una valoración de las graves carencias sociales padecidas por los estadounidenses, realizada por un narrador imaginario que se sitúa en el año 2000. Bellamy supuso que al principiar el siglo XXI se podría contemplar el pasado como una pesadilla superada. Curiosamente acertó en algunos temas que eran producto de su imaginación; por ejemplo, predijo que en el siglo XXI los salarios se pagarían a través de un sistema de tarjetas de crédito. Pero equivocó sus previsiones en cuanto a que la desigualdad y la pobreza siguen flagelando a la sociedad.

## II. GOBERNABILIDAD Y BIENESTAR SOCIAL

Todo indica que el primero en utilizar la voz *governabilidad* fue el constitucionalista británico Walter Bagehot, quien identificaba al orden y a la obediencia como elementos de la cultura política de su país y los asociaba con lo que denominaba *governability*.<sup>6</sup> La gobernabilidad es parte del contexto

<sup>4</sup> Datos de la Joseph Rowntree Foundation. Cfr. Green, Anne E., *The Geography of Poverty and Wealth*, Institute for Employment Research, University of Warwick, 1994.

<sup>5</sup> Cfr. *Science*, vol. 307, núm. 5708, enero de 2005, pp. 357 y ss.

<sup>6</sup> Bagehot, Walter, *Physics and Politics or thoughts on the Application of the Principles of the "Natural Selection" and "Inheritance" to Political Society* (1876), reedición: Nueva York, Colonial Press, 1990, p. 16. Textualmente dijo: "Of Plato it might indeed be plausibly said that the adherents of an intuitive philosophy, being 'the Tories of speculation', have commonly been prone to conservatism in government; but Aristotle, the founder of the experience philosophy, ought, according to that doctrine, to have been a liberal, if anyone ever was a liberal. In fact, both of these men lived when men had not 'had time to forget' the difficulties of government. We have forgotten them altogether. We reckon, as the basis of our culture, upon an amount of order, of tacit obedience, of prescriptive governability, which these philosophers hoped to get as a principal

constitucional y político de un país. Los aspectos distintivos corresponden a la etapa de desarrollo o de consolidación que viva cada democracia, de suerte que el análisis comparativo sólo nos ofrece algunos elementos para contrastar realidades diferentes; los demás factores para valorar la situación de cada sistema deben corresponder al examen de sus propias circunstancias.

La gobernabilidad ha sido un tema de interés para las ciencias económica y política,<sup>7</sup> pero apenas se ha prestado atención a los nexos existentes entre el orden constitucional y la gobernabilidad. Cuando se alude al Estado de derecho como uno de los factores de la gobernabilidad, por lo general sólo se atiende al sentido anglosajón de *rule of law*. La independencia y la funcionalidad de los órganos jurisdiccionales del poder influyen en las características de la gobernabilidad, pero el Estado de derecho incluye otras muchas variables que también deben ser consideradas.

Ahora bien, adoptando el concepto de Estado de derecho en su más amplia acepción, todavía tendremos que remontarnos a la base de todo el ordenamiento jurídico: la Constitución, que es el soporte de toda la estructura del Estado. El Estado constitucional,<sup>8</sup> por ende, guarda una relación directa e inmediata con la gobernabilidad, porque de esta última depende la positividad de la norma constitucional. Sin su aplicación efectiva, la Constitución es sólo una declaración política. A su vez, el ejercicio del poder sin sujeción a lo preceptuado por su estatuto jurídico no corresponde a un Estado constitucional, y por lo mismo tampoco pertenece al ámbito de estudio de la gobernabilidad democrática.

Desde la perspectiva del gobernado, la gobernabilidad adquiere el carácter de un derecho: el derecho al buen gobierno. Para advertir este derecho es útil la teoría del *status* elaborada por Jellinek. Conforme a esta teoría, existen tres formas de relación de las personas con el Estado: de orden *nega-*

*result of their culture. We take without thought as a datum what they hunted as a quæsitum.*" En español la voz es mucho más reciente; su uso se generó a partir de la generalización en inglés, y apenas fue aceptada por la Academia de la Lengua Española en la 22ª edición del *Diccionario* (2001).

<sup>7</sup> El primer estudio sistemático sobre la materia fue el elaborado por Michel J. Crozier, Samuel P. Huntington y Joji Watanuki, *The Crisis of Democracy*, Nueva York, New York University Press, 1975. Se trata de un reporte sobre la gobernabilidad de las democracias, presentado a la Comisión Trilateral, con un claro enfoque comparativo en materia económica y política. Años más tarde, la *Comission on Global Governance* elaboró otro reporte (*Our global Neighbourhood*, Nueva York, Oxford University Press, 1995) en el que ya fueron incluidos problemas jurídicos sobre la gobernabilidad, referidos al ámbito del derecho internacional.

<sup>8</sup> Una obra clave de la doctrina contemporánea sobre este tema es la de Peter Häberle, *El Estado constitucional*, trad. por Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001.

*tivo, positivo y activo*. En el primer caso la subordinación de los individuos al Estado llega hasta donde el derecho ordena, y la esfera de libertad de la persona está integrada por todo lo sustraído al dominio del Estado; el segundo caso consiste en el derecho que tienen los individuos a utilizar los servicios ofrecidos por el Estado, o a beneficiarse de las acciones de prestación que obligan al Estado; el tercer caso corresponde a la posibilidad del individuo de participar en las actividades del Estado, como votar o desempeñar cargos públicos.<sup>9</sup>

Conforme a la teoría clásica, esas tres situaciones o *status* enmarcan el ámbito de relaciones de los gobernados con el Estado (en sentido estricto). Ahora bien, la evolución del Estado constitucional contemporáneo permite identificar una cuarta forma de relación, en este caso de orden *pasivo*: los gobernados tienen derecho al buen gobierno. Más allá de lo que implica el Estado de derecho social y democrático, que ha sido la tendencia dominante en los sistemas constitucionales contemporáneos, las sociedades tienen derecho a un *gobierno razonable, eficaz, oportuno, equitativo, previsor y preventivo*.

Esas notas del buen gobierno imponen a los órganos del poder la proscripción de la arbitrariedad, entendida como la obligación de *aplicar el derecho de manera razonable*; la solución de tantos problemas como resulte posible, sin la generación a cambio de nuevas dificultades; la acción oportuna para eludir el surgimiento o el agravamiento de problemas; la promoción de condiciones sociales de equidad, y el conocimiento anticipado de los riesgos y de las opciones de solución.

La idea de buen gobierno se enlaza con la de gobernabilidad. La acción gubernamental debe tener un sentido de *previsión*, en cuanto a anticipar las situaciones que puedan afectar el funcionamiento normal de las instituciones o el desarrollo deseable de la sociedad, y una vertiente de *prevención*, para evitar que se produzcan hechos que perjudiquen la vida social o institucional, o para atenuar los efectos nocivos de los que sean inevitables.

Las acciones *previsoras* y *preventivas* son parte de las responsabilidades del gobierno, e incluyen la valoración de sus propias decisiones, para que no se conviertan en causa de acontecimientos o de circunstancias desfavorables. Los órganos del poder deben considerar el impacto de sus decisiones o de sus omisiones, de la misma manera que deben hacerlo respecto de las decisiones u omisiones que se tomen por otras instancias nacionales o internacionales. Cuando los acontecimientos sorprenden a los gobernantes, reducen su capacidad de respuesta y por ende introducen un elemento de

<sup>9</sup> Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, Buenos Aires, Albatros, 1954, pp. 314 y ss.

imprevisión que desnaturaliza al Estado constitucional. La positividad del orden constitucional implica que los órganos del poder cumplan con sus cometidos y satisfagan las expectativas sociales que resultan de lo que dispone la Constitución.

Las decisiones y acciones de los órganos del poder también deben ser oportunas. La importancia del tiempo en la función gubernativa es crucial. Las medidas adoptadas de manera prematura o aplazadas sin una causa que lo justifique, producen daños evitables o dejan de generar los beneficios que en otras condiciones se habría esperado de ellas. Los ordenamientos constitucionales prescriben, en algunos casos, los plazos dentro de los que se deben producir ciertas acciones, y también llegan a fijar términos; pero de manera general la amplia función gubernativa queda sujeta, en cuanto a su oportunidad, a las facultades y obligaciones que las normas establecen respecto de los titulares de los órganos del poder.

Por eficacia puede entenderse la utilización razonable y satisfactoria de los recursos del Estado (en sentido amplio). En este caso, *es razonable aquello que permite alcanzar los máximos resultados para atender las necesidades colectivas, con el menor sacrificio (esfuerzo) social posible. Es satisfactorio aquello que permite la atención de las demandas colectivas mediante la utilización transparente de los recursos disponibles*. Entre estos recursos quedan comprendidos los humanos, los financieros, los organizativos, que conciernen a la función administrativa, y los políticos. Estos últimos incluyen dos aspectos fundamentales: los institucionales, que corresponden a las funciones legiferante y jurisdiccional, y los de mediación política, a través de los que se alcanzan acuerdos y compromisos que generan estabilidad o facilitan los cambios.

Las acciones de contenido preventivo pueden considerarse *soluciones precoces*, porque se adoptan antes de que un problema emerja; estas acciones incluyen la negociación constructiva, que denota la existencia de una cultura de gobierno que permite utilizar al máximo las posibilidades ofrecidas por la estructura constitucional, y el fortalecimiento de las instituciones para conjurar la aparición de crisis o para que, cuando sean inevitables, puedan ser resueltas conforme a procedimientos constitucionales.

Conviene enfatizar que, al hablar de gobernabilidad, se involucra la responsabilidad que concierne a todos los órganos del poder. Debe tenerse cuidado en no hacer recaer la responsabilidad sólo en el órgano conocido como ejecutivo o de gobierno (*stricto sensu*). En un Estado constitucional la tarea de gobernar, y el desempeño que estimamos característico de la gobernabilidad, corresponde a todos los órganos investidos de competencia para ejercer actos de autoridad.

Las consideraciones que asocian la gobernabilidad sólo con los órganos de gobierno (*stricto sensu*) no se adecuan a la naturaleza del Estado constitucional; obedecen, en cambio, a un concepto que deriva de la tradición autoritaria, conforme al cual las decisiones y las acciones del poder en su conjunto eran adoptadas por una persona o por un grupo cercano al titular del órgano de gobierno.

La fórmula del óptimo de Pareto ofrece un modelo adecuado para diseñar instituciones políticas y sociales que garanticen la gobernabilidad democrática. En ese sentido, *hay un desarrollo constitucionalmente razonable cuando al modificar la estructura y el funcionamiento de las instituciones se adopta el criterio de que una situación es preferible a otra, si ninguna institución democrática resulta afectada y por lo menos alguna mejora, siempre que el costo político que representa este esfuerzo contribuya al mayor bienestar colectivo, a la garantía de los derechos de los gobernados, a una relación más simétrica entre los órganos del poder y a un ejercicio del poder más responsable.*

Los problemas de la gobernabilidad tienen que ver con los múltiples temas concernidos con el Estado constitucional. Debe tenerse en cuenta que la gobernabilidad constitucional supone un proceso de racionalización del ejercicio del poder. Los fundamentos del poder se encuentran en la legitimidad, en cuanto a su origen, y en la racionalidad, en cuanto a su ejercicio. El poder que no resuelve conflictos y que, por el contrario, los exacerba, no es racional.

El Estado constitucional tiene que resolver las dificultades que plantea la vida de una sociedad abierta, plural y competitiva que, si no cuenta con un buen diseño constitucional, puede propender a la fragmentación política y a la estratificación y polarización social. Los sistemas constitucionales contemporáneos deben proveer un amplio abanico de soluciones para los temas concernidos con la gobernabilidad, tales como la legitimidad de las instituciones y de sus titulares; las relaciones entre los órganos del poder; los instrumentos de control político y jurisdiccional; el sistema representativo y de partidos, y la opinión pública, por ejemplo. En tanto que corresponden a un proceso cultural, las respuestas constitucionales para la gobernabilidad incluyen, por lo menos, cinco grandes rubros:

Primero, superar el autoritarismo, mediante la reforma del Estado. Ésta es una expresión polémica, y la utilizo aquí para denotar los cambios constitucionales que tengan por objeto la estructura, el funcionamiento y la relación entre sí de los órganos del Estado, y el régimen de las relaciones entre los gobernados y los órganos del poder.

Segundo, establecer la *equidad social* para combatir y superar las condiciones de desigualdad, de exclusión, y de concentración de la riqueza; de la *equidad cultural*, para auspiciar el pluralismo, abolir cualquier forma de discriminación y reducir a los mínimos posibles la violencia familiar; de la *equidad económica*, mediante la regulación de los flujos financieros internacionales, la adopción de sistemas crediticios eficientes, y la reforma fiscal; y la *equidad jurídica*, que ofrezca a las personas la ampliación y garantía de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia.

Tercero, proteger el ambiente, mediante un marco normativo que facilite las acciones nacionales e internacionales en la materia.

Cuarto, ofrecer seguridad, física, patrimonial y jurídica, sin menoscabo de las libertades.

Quinto, impulsar el desarrollo social, mediante la formación de capital humano y de capital social, y con la adopción de políticas de investigación e innovación tecnológica.

El diseño de las nuevas instituciones constitucionales se debe hacer en función de las necesidades relacionadas con esos cinco rubros, y atendiendo a la valoración que la sociedad haga de ellas. También se deben considerar los resultados que ofrecen en cuanto a la prestación de satisfactores para las necesidades colectivas, a las acciones jurídicas y políticas para mantener la cohesión social, a las medidas para alcanzar y asegurar la justicia y la equidad en las relaciones sociales y al equilibrio entre los órganos del poder. Una reforma concebida así puede asegurar la estabilidad de las instituciones, de las relaciones sociales y de la economía; contribuye, en suma, a la gobernabilidad.

Desde un punto de vista constitucional, entiendo por *gobernabilidad el proceso de decisiones tomadas de manera legal, razonable y eficaz, adoptadas por autoridades legítimas, para garantizar a la población el ejercicio de sus derechos civiles, políticos, culturales y sociales, en un ámbito de libertades, de estabilidad política y de equidad social, y para atender las necesidades colectivas mediante prestaciones sociales y servicios públicos que se ofrezcan de manera regular, suficiente y oportuna.*

Las decisiones, además de legales, deben ser razonables y eficaces, porque no basta con la mera legalidad. La legalidad sirve de base para calificar al Estado de derecho, en tanto que los órganos del poder se sujetan a diversas formas de control y evaluación; pero no es suficiente con eso: también debe incluirse la proscripción de la arbitrariedad, para que los órganos del poder actúen conforme a la norma, de una manera razonable. Como ya se ha dicho más arriba, hay eficacia cuando los procesos administrativos son transparentes y aseguran una significativa disminución de la corrupción.

Esas decisiones, por otra parte, sólo pueden ser consideradas dentro del proceso de gobernabilidad si son tomadas por autoridades legítimas (por el origen y por el desempeño). El origen de las autoridades es legítimo cuando se observa especialmente el principio electivo, único válido en las repúblicas democráticas; pero, como fenómeno cultural, también es relevante, para los efectos de la legitimidad, la percepción que la sociedad tenga, así del origen como del desempeño de las autoridades. La percepción social juega, en este punto en particular, un papel de enorme importancia.<sup>10</sup>

Ahora bien, la gobernabilidad no se agota por el origen ni por la actuación apegada a derecho de los titulares del poder. Para satisfacer las demandas de la sociedad, además de prestaciones (vivienda, salud, educación, etcétera) y de servicios (transporte, seguridad, etcétera), se requiere de políticas distributivas del ingreso. Si los órganos del poder no atendieran esas expectativas, generarían un déficit en las condiciones de gobernabilidad.

Habida cuenta de los componentes de la gobernabilidad, puede agregarse que los factores que la hacen posible consisten en la disponibilidad de recursos, en función de una fiscalidad progresiva que opere sin fugas debidas a la corrupción o al diseño defectuoso de las leyes tributarias; en la posibilidad institucional de construir mayorías para gobernar; en la actualización de los instrumentos normativos (reglas y procedimientos) que determinan el funcionamiento de los órganos del poder, y en una organización dinámica del poder, basada en procesos que permitan consolidar el binomio mediante el que se mantiene el equilibrio entre la reforma y la permanencia constitucional.

### III. INDICADORES DE DESEMPEÑO DEMOCRÁTICO

Hay varias propuestas para medir el desempeño de los gobiernos democráticos. En 1993, Robert D. Putnam<sup>11</sup> se interesó por evaluar los procesos para la formulación, enunciación y adopción de las políticas gubernamentales en Italia. Sostenía que en tanto que se lleve a cabo esa evaluación, será posible determinar qué tan efectivos son los procesos internos para la toma de decisiones; qué tan aptos son los gobiernos para identificar las necesidades sociales y proponer soluciones innovadoras, y qué tipo de resultados

<sup>10</sup> En función de la percepción social, Guglielmo Ferrero distinguió entre legitimidad, prelegitimidad y cuasilegitimidad. Véase *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*, Madrid, Tecnos, 1988, esp. pp. 134 y ss., y 212 y ss.

<sup>11</sup> *Making Democracy Work*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1993, pp. 65 y ss.

alcanzan los gobiernos. De este triple haz de preocupaciones se derivaron doce indicadores de desempeño institucional: estabilidad del gabinete, disponibilidad del presupuesto, sistema de estadísticas gubernamentales, reforma legislativa, legislación innovadora, guarderías infantiles, clínicas familiares, instrumentos de política industrial, capacidad de inversión agrícola, gasto en materia de atención a la salud, vivienda y desarrollo urbano, y calidad (receptividad) de la burocracia. Estos indicadores permitieron al autor hacer un balance cuantitativo de las condiciones de gobernabilidad en Italia.

Tres años después, Daniel Kaufmann, Aart Kraay y Máximo Mastruzzi,<sup>12</sup> basados en encuestas y reportes de percepciones, elaboraron para el Banco Mundial un conjunto de indicadores de gobernabilidad. En este caso el interés era de mayor amplitud, porque se trataba de diseñar instrumentos susceptibles de medir el nivel de desempeño de los diferentes sistemas, para contrastarlos entre sí y analizar su rendimiento en el tiempo.

Para esos autores los principales indicadores fueron: el control social (rendición de cuentas), para determinar la calidad de las elecciones e identificar los posibles casos de manipulación e intimidación, o el grado de limpieza, de participación y de abstención; la estabilidad, medida —entre otras formas— a través de los índices delictivos; la efectividad de los servicios, de acuerdo, entre otras cosas, con la satisfacción de los usuarios; la calidad regulatoria, por sus efectos en el desarrollo del mercado financiero; el Estado de derecho, con un énfasis especial en cuanto a los derechos de propiedad, y el control de la corrupción.

Más tarde, Silvio Borner, Frank Bodmer y Markus Kobler<sup>13</sup> elaboraron, para la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, otra batería de indicadores para calibrar el nivel de gobernabilidad. Ellos tuvieron en cuenta las instituciones económicas (derechos de propiedad, expropiación, cumplimiento de contratos); la estabilidad política de las instituciones (homicidios por millar de habitantes, cambios de gabinete, cambios constitucionales, crisis de gobierno, golpes de Estado, terrorismo, revoluciones, exclusión de minorías); la forma de las instituciones políticas (sistemas electorales, control del gobierno, libertades públicas); la fortaleza de las instituciones (capacidad recaudatoria, combate al contrabando y a la evasión, distribución de la carga fiscal), y el compromiso de las instituciones (transparencia, responsabilidad, libertad de competencia política, selectivi-

<sup>12</sup> *Governance Matters III: Governance Indicators for 1996-2002*, The World Bank, 2003.

<sup>13</sup> *Institutional Efficiency and its Determinants. The Role of Political Factors in Economic Growth*, París, OECD, 2004.



dad, capacidad y neutralidad de los gobernantes, concentración y desconcentración del poder ejecutivo).

Por mi parte, considero que también hay otro tipo de asuntos qué medir. Entre ellos deben considerarse los siguientes: la calidad del sistema representativo (reelección, rotación de elites); el impacto normativo (en el desarrollo, en la equidad y en la igualdad); la situación de grupos minoritarios (por razones de raza, religión, preferencia sexual, etcétera); la protección horizontal de los derechos fundamentales; la uniformidad legislativa; la receptividad y la aplicación del ordenamiento internacional (sobre todo en materia de derechos fundamentales); la cooperación internacional para el desarrollo; el acceso a la justicia; la calidad de los tribunales (incluyendo los de justicia cívica o municipal), y la naturaleza normativa de la Constitución.

#### IV. NUEVO PACTO SOCIAL

Las cuestiones centrales del debate en México, relacionado con la gobernabilidad, se pueden encuadrar en dos grandes rubros: el pacto social y el reequilibrio de las instituciones. Numerosos actores están identificados con la necesidad de reequilibrar las instituciones, pero no todos coinciden en la necesidad de un nuevo pacto social. Se trata de una diferencia conceptual profunda, en tanto que el sólo reequilibrio institucional atiende a formas de organización y funcionamiento de los órganos del poder, mientras que la consideración de los aspectos sociales se orienta en el sentido de dar nuevo contenido a los preceptos que ya aparecen en la Constitución, y de incorporar otros más. La distancia que media entre el Estado liberal y el Estado social está determinada por ese pacto.

El mundo, casi sin excepción, ha vivido una etapa regresiva con relación al tema social. Con mayor o menor énfasis, el Estado de bienestar ha sido desmontado en muchos de los lugares donde funcionaba, y en otros, como México, se encuentra sujeto a presiones que abogan por su reducción constante. No se advierte, más por conveniencia que por ignorancia, que la desarticulación del Estado social quebranta al sistema democrático. La democracia sin compromiso y sin contenido, considerada como mero criterio instrumental para dirimir las luchas por el poder, representa una vuelta atrás que niega el carácter social y democrático del Estado de derecho moderno.

Podría decirse que es innecesario abordar el tema social en tanto que sus enunciados ya aparecen en la Constitución mexicana. Es un hecho que en el ámbito social concurren dos perspectivas contrapuestas, y que la concentración de la riqueza está alcanzando, en México y en el mundo, niveles

exorbitantes por su dimensión y aparatosos por su exhibición. El fenómeno se conoce como “neoliberalismo”, pero con independencia de las denominaciones convencionales, alude a una tendencia a la que en muchos casos no se sustraen ni siquiera los partidos socialistas.

Una peculiar argumentación, no siempre bien refutada, ha permitido identificar a la economía de mercado como sinónimo de democracia, y al Estado social como equivalente de burocracia. La libertad individual tiene así una expresión económica y una traducción política que corresponde a un anhelo democrático incontestable, mientras que la libertad social se identifica con un destino burocrático, y en esa medida autoritario, casi indefendible. El argumento se vio reforzado con la caída del sistema soviético. La rápida expansión de la economía de mercado y el señuelo de un progreso colectivo en el corto plazo han representado la opción dominante de nuestro tiempo.

Con la caída del sistema soviético quedó derogado el principio socialista “de cada quien según su capacidad, a cada quien según su trabajo”, para transformarse en lo que podría quedar enunciado como principio del mercado: “de cada quien según su oportunidad, a cada quien según su utilidad”. Son fórmulas que ofrecen perspectivas diferentes de justicia, como en un origen remoto ocurrió con la de Ulpiano (“a cada quien lo que le corresponda”). El enunciado marxista, consagrado en el artículo 12 de la Constitución soviética de 1924, estaba sentenciado a correr la suerte del sistema que lo adoptó; pero quizá suscitaría menos reservas entre los conservadores si se tuviera en cuenta la tesis de inspiración cristiana sustentada en el siglo XVII por Francisco de Quevedo: “...de cada uno lo que puede... a cada uno lo que se le debe...”.<sup>14</sup>

Una primera disyuntiva en el proceso de cambio mexicano consistirá en atribuir al Estado social una nueva dimensión. Las facultades que los preceptos constitucionales de contenido social adjudicaron al Ejecutivo a partir de 1917, y que tuvieron una tendencia expansiva hasta los años ochenta, contribuyeron a la fuerte presencia política del presidente. Es comprensible que ahora se les vea con reticencia, en tanto que puedan ser un obstáculo para el reequilibrio institucional. Lo que resultaría paradójico es que, para fortalecer al sistema democrático, hubiera que debilitar al sistema social.

El nuevo pacto social que consolide la democracia institucional tiene que considerar los problemas de la mujer, de la juventud y de los indígenas. En los tres casos están involucradas cuestiones como la igualdad de oportunidades; el acceso a la justicia; la educación y el ocio; la orientación y la protección especializadas. Debe potenciarse el efecto democratizador del

<sup>14</sup> “Migajas sentenciosas”, en *Obras completas*, Aguilar, Madrid, 1966, t. I, p. 1093.

reconocimiento de los derechos de las minorías, que por su naturaleza auspician el pluralismo ideológico e institucional.

La extensión de los derechos fundamentales es crucial. Esta decisión debe tomarse, entre otras razones, para impulsar las acciones de equidad y para potenciar la convicción generalizada de la necesidad del Estado de derecho. Entre esos nuevos derechos pueden incluirse:

- 1) El derecho a la prestación de los servicios públicos eficientes, accesibles, oportunos y suficientes.
- 2) El acceso a la justicia.
- 3) El derecho a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud.
- 4) El derecho a la preservación, restauración y mejoramiento del ambiente, incluyendo la calidad del agua y del aire, el nivel de ruido, el uso eficaz de la energía y la recolecta y tratamiento de desechos.
- 5) El derecho al espacio urbano, para, entre otras cosas, disponer de áreas recreativas e incorporar en las políticas de desarrollo urbano consideraciones de carácter estético.
- 6) El derecho de la niñez a medidas especiales de protección para garantizar su desarrollo, integridad y bienestar. Los niños que se encuentren privados de su medio familiar deben contar con asistencia por parte de los poderes públicos.
- 7) Los derechos de la mujer, que incluyan acciones positivas para superar las situaciones de desventaja en que se encuentran las mujeres.
- 8) El derecho a la cultura, para garantizar la libertad de creación, interpretación y difusión cultural, la conservación del patrimonio cultural y el apoyo a las iniciativas colectivas e individuales que contribuyan al desarrollo de las artes y de la cultura en general.
- 9) El derecho al desarrollo, que incluya considerar de interés público las actividades de investigación científica e innovación tecnológica y otorgarles los apoyos y estímulos que requieran para su desarrollo.
- 10) El derecho al deporte, para asegurar la habilitación y conservación de espacios e instalaciones adecuados para la práctica deportiva, el apoyo al adiestramiento y educación física, y oportunidades de presenciar, organizar y participar en competencias deportivas.
- 11) Los derechos de los consumidores, que incluyan acciones de orientación y de apoyo a las que lleven a cabo las organizaciones de ciudadanos para informar a los consumidores y usuarios acerca de la calidad y condiciones de los productos y servicios.

- 12) Los derechos de la tercera edad, para que las personas ancianas disfruten de apoyos asistenciales que contribuyan a su bienestar y de programas culturales que estimulen su integración y participación comunitaria.
- 13) Nuevos derechos personales, que incluyan el derecho al buen nombre, a la imagen y a la reserva de la intimidad personal y familiar.
- 14) El derecho a la libertad sexual, para que la orientación sexual no sea objeto de prohibición y ninguna persona sufra de exclusión, restricción, limitación o menoscabo de sus derechos con motivo de su orientación sexual.
- 15) Los derechos de los grupos vulnerables, para que las personas con necesidades especiales sean apoyadas para su desarrollo en condiciones de equidad.
- 16) Ampliar el derecho al trabajo, para que los trabajadores manuales reciban capacitación y adiestramiento, y los trabajadores técnicos y profesionales reciban educación continua. Además, se debe dar positividad al artículo 123 constitucional, que ya reconoce el derecho al trabajo. Para este efecto se tendría que adoptar el seguro de desempleo.
- 17) El derecho a la autodeterminación informativa, para que los particulares conozcan, rectifiquen y actualicen sus datos personales que consten en registros o bancos de datos públicos.
- 18) El derecho a la prohibición de la arbitrariedad, para que los poderes públicos, además de sujetarse a lo dispuesto por las normas aplicables a cada caso, actúen de manera razonable en sus relaciones con los particulares.
- 19) El derecho a la orientación jurídica, para que los particulares sean informados acerca de las leyes y decretos que se publiquen, así como de la realización de obras y prestación de servicios públicos, y de las instancias para presentar quejas y denuncias relacionadas con los mismos y con los servidores públicos responsables.
- 20) El derecho a la acción popular, para que los particulares puedan ejercerla cuando se trate de la defensa del medio ambiente o del patrimonio cultural.

## V. PROTECCIÓN HORIZONTAL DE LOS DERECHOS E INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Las últimas décadas del siglo XX correspondieron a un paulatino desmantelamiento del tamaño del Estado. Éste fue un fenómeno generalizado en el mundo. La tesis del Estado pequeño no es nueva, pero su implantación

y efectos sí lo son.<sup>15</sup> De manera paralela a ese “empequeñecimiento” del Estado, marcha su correlato: *el Estado intangible, entendido como el conjunto de entes de derecho privado que ejercen funciones de naturaleza pública*. Además, el poder de las personas físicas y de las corporaciones se deja sentir en cuanto a las relaciones con los particulares que se encuentran en situación de desventaja. El Estado representó una amenaza real para la libertad y la autonomía de las personas; pero hoy los individuos se encuentran expuestos a un fuego doble: el del Estado y el de otros particulares. El poder de éstos se ha dilatado casi en la proporción en que las potestades públicas han disminuido.

A manera de ejemplo, en diferentes países y en distintos momentos (aunque todos más o menos recientes) se han planteado casos tales como los siguientes: sujetar la contratación de trabajadores a su renuncia expresa al derecho de sindicación; exclusión de la prestación de servicios (alojamiento, alimentación, educación) o de la participación en actividades (religiosas, políticas, sociales), por razones de raza, sexo, u otros motivos que igualmente entrañan discriminación; obligar a las mujeres a mantenerse célibes o infecundas, como condición para preservar un empleo. Casos como éstos, y muchos más, han sido vistos por los tribunales.

De manera paulatina se va generalizando entre los jueces la certidumbre de que los derechos fundamentales, antes sólo expuestos ante el poder arbitrario del Estado, también lo están ante la acción no controlada de los particulares.

La protección de los derechos fundamentales ante particulares ha sido considerada en numerosos sistemas constitucionales. En algunos casos se ha hecho de manera implícita, aumentando los márgenes de interpretación de

<sup>15</sup> En 1767, P. S. du Pont de Nemours publicó los trabajos de Quesnay bajo el título *La Physiocratie; ou, constitution naturelle du gouvernement le plus avantageux au genre humain*, reduciendo la actividad del Estado a la protección de la vida y de la propiedad, a la realización de obras públicas y al desarrollo de la educación; en 1884, Herbert Spencer, *The Man versus the State*, formuló un sólido argumento individualista contra el Estado, considerándolo un obstáculo para la industria de los particulares; en 1931, Antonio Zozaya, *La sociedad contra el Estado*, planteó el problema de la inmoralidad del Estado; en 1974, Robert Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, postuló la necesidad del “Estado mínimo”; en 1979, Friedrich A. Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, aportó una amplia gama de consideraciones en contra del Estado intervencionista; en 1985, James M. Buchanan y Geoffrey Brennan, *The Reason of Rules. Constitutional Political Economy*, subrayaron que existe “una vuelta al escepticismo sobre la política y el gobierno que caracterizaron al siglo XVIII que hará que nuestra atención se concentre sobre las reglas y limitaciones de los gobiernos”; en 1987, Michel Crozier, *Elat modest, Elat moderne. Stratégies pour un autre changement*, abogó por un “Estado modesto, respetuoso de los ciudadanos al servicio de los cuales acepta actuar”; y en 1993, Richard A. Epstein, *Bargaining with the Government*, desarrolló con amplitud los términos de la relación entre el poder y los individuos, sobre la base de la autonomía individual como contrapunto del poder estatal.

la autoridad judicial, merced a un concepto amplio por cuanto a quienes pueden afectar esos derechos; en otros casos se ha hecho referencia explícita a los particulares como posibles responsables de los hechos violatorios de derechos fundamentales. En América Latina, entre los primeros están las Constituciones de Costa Rica (artículo 48), El Salvador (artículo 247), Guatemala (artículo 265), Honduras (artículo 183), Nicaragua (artículo 45), Uruguay (artículo 10) y Venezuela (artículo 27); entre los segundos figuran las Constituciones de Argentina (artículo 43), Bolivia (artículo 19), Chile (artículo 20), Colombia (artículo 86), Ecuador (artículo 95), Paraguay (artículo 134) y Perú (artículo 200.2).

En numerosos países la tendencia apunta en el sentido de ampliar la competencia de los tribunales para conocer de todo tipo de actos u omisiones que afecten los derechos fundamentales. Esto es una consecuencia del carácter normativo de la Constitución y de su supremacía. También guarda relación directa con el concepto de justicia que se sustente.<sup>16</sup>

Es previsible que se produzca un movimiento análogo en el ámbito de los derechos humanos. La restricción que aparece en el artículo 102 de la Constitución mexicana<sup>17</sup> no es compatible con la situación real de vulnerabilidad de los derechos humanos. Las mismas consideraciones que se han tenido presentes para el desarrollo de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales ante particulares, son válidas para el caso de los organismos no jurisdiccionales que tienen ese mismo cometido.

La protección de los derechos fundamentales ante particulares es una creación jurisprudencial y doctrinaria, que sólo de manera posterior ha venido siendo legislada.<sup>18</sup> En el caso de Japón, los jueces han acogido las normas internacionales y las aplican cuando unos particulares afectan los derechos de otros. En Alemania, la Constitución dispone (artículo 19-4): “Todo

<sup>16</sup> En este punto es relevante la idea de integridad que sustenta Ronald Dworkin. Para este autor los dos principios de integridad política corresponden, en cuanto a la legislación, a la obligación del legislador de elaborar leyes moralmente coherentes, y en cuanto a la adjudicación, en interpretar la ley en el sentido de esa coherencia. *Law's Empire*, Londres, Fontana, 1991, pp. 176 y ss.

<sup>17</sup> Los organismos protectores de los derechos humanos “conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público... que violen esos derechos”.

<sup>18</sup> Pedro de Vega ha dicho de una manera muy enfática: “Ante las escandalosas omisiones de los textos constitucionales, han tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia las que, respondiendo a elementales exigencias de la lógica jurídica, y supliendo esos ominosos silencios, abrieron el camino al reconocimiento de la *Drittwirkung*”. “La eficacia frente a particulares de los derechos fundamentales (la problemática de la *Drittwirkung der Grundrechte*)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, p. 701.

el que se vea lesionado en sus derechos por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial”. Al adoptar el criterio de la *Drittwirkung*, el Tribunal Constitucional no pudo sujetarse al texto literal, y se vio obligado a fallar sobre la base del “sistema de valores” incluido en la Constitución.

En España, el Tribunal Constitucional, desde 1981, comenzó a orientarse hacia una argumentación parecida a la adoptada por su homólogo alemán, en el sentido de que se pronunciaba sobre el acto de una autoridad, en este caso del tribunal *a quo*. Son ya numerosas las resoluciones en las que este tema ha sido abordado, con una tendencia a favor de la defensa de los derechos fundamentales, oponibles también a particulares. Así se haya adoptado una línea oblicua, pronunciándose con relación a un acto de la autoridad jurisdiccional, el caso es que se ha construido una forma eficaz de garantizar los derechos fundamentales cuando se ven amenazados por particulares.<sup>19</sup>

La Constitución Española dispone, en su artículo 53.1, que los derechos y libertades por ella reconocidos “vinculan a todos los poderes públicos”. Esto no excluye, como lo ha venido desarrollando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a los entes privados. Ese precepto no se ha entendido en un sentido restrictivo, como si los únicos obligados a observar los derechos fundamentales fueran los poderes públicos, dejando a los entes privados en libertad para atropellarlos.

Con relación a América Latina, son catorce las Constituciones que de manera implícita o explícita admiten la procedencia de acciones en contra de particulares con motivo de la violación de derechos fundamentales. Se trata, como resulta evidente, de una corriente dominante en el ámbito latinoamericano. Además, las instancias jurisdiccionales del sistema interamericano de derechos humanos también acogieron ya el principio de que los particulares pueden ser responsables de la violación de esos derechos; posición que por lo demás comparten con los órganos equivalentes de la Unión Europea.

Se ha entendido que las disposiciones legales de jerarquía inferior a la Constitución (entre las que se encuentran los tratados internacionales) no pueden restringir pero sí ampliar los derechos fundamentales contenidos en la norma suprema. Si esto es así por lo que atañe a los derechos, sería incongruente que no ocurriera otro tanto en lo concernido con sus garantías. ¿Cómo podría explicarse la expansión de los derechos sin su correspondien-

<sup>19</sup> Alexei Julio Estrada ha observado que, a diferencia de la jurisprudencia española, que se mantiene en un nivel limitado de desarrollo, la alemana ha generado un efecto de irradiación conforme al cual “no hay ámbito del ordenamiento jurídico privado que escape del influjo de los derechos fundamentales”. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 208.

te garantía? Si esto sucediera, si el sistema consintiera la existencia de derechos sin garantía, sólo podría hablarse de Estado constitucional nominal; se trataría de una apariencia. La esencia de los derechos fundamentales está en su positividad.

La naturaleza jurídica de la Constitución hace que sus normas sean aplicables. En el caso de los derechos fundamentales debe entenderse que lo son, sólo en tanto que se puedan ejercer en todo tiempo, en todo lugar y ante todas las personas, con las salvedades que el propio ordenamiento adopte para los casos de excepción.

La ampliación de la jurisdicción de los tribunales para ocuparse de las violaciones de los derechos fundamentales por particulares implica una revisión de la doctrina de la separación de poderes, que se basa en la relación de pesos y contrapesos entre los órganos del poder. La separación de poderes ha sido un constructo básico para el desarrollo del constitucionalismo moderno y contemporáneo, pero en la medida en que han aparecido agentes dotados de poder económico y político, que no podían ser previstos por la doctrina del siglo XVIII, es comprensible que se tengan que dar ajustes conceptuales razonables.

La doctrina de la separación de poderes fue una respuesta inteligente al absolutismo. Si bien la separación de poderes fue concebida como un mecanismo para atenuar e incluso evitar los excesos en el ejercicio del poder y para garantizar así un espacio de seguridad para las libertades, también ha sido utilizada por los sistemas autoritarios para eludir la expansión de las funciones de control de los congresos y de los tribunales. Cualquier supuesta injerencia de estos órganos en la actividad del gobierno podía ser considerada como una desviación del principio de separación de poderes. Por eso se registran numerosos casos de sistemas autoritarios amparados en una rígida interpretación de la separación de poderes.

Los tribunales constitucionales han obligado a innovar la base conceptual del Estado constitucional, y la paulatina ampliación de los efectos horizontales de los derechos fundamentales, con el reconocimiento implícito de que los particulares también disponen de un poder real suficiente para afectar esos derechos, contribuye a dilatar la esfera de competencias del único órgano del Estado que puede ofrecer soluciones satisfactorias.

Además de la defensa ante otros particulares, los titulares de los derechos fundamentales deben contar con los medios para impugnar las omisiones que dejen sin desarrollo legislativo los preceptos de la Constitución. Para solucionar este problema se ha extendido, en diversos sistemas constitucionales, la defensa procesal con motivo de la inconstitucionalidad por omisión. Son frecuentes los casos en que lo dispuesto por el legislador cons-



titucional se ve truncado por el legislador ordinario, mediante el simple expediente de la inactividad legislativa.

Como en el caso de la protección ante particulares, la inconstitucionalidad por omisión ha sido objeto de desarrollo jurisprudencial y constitucional en diversos sistemas. En Alemania, Austria, Colombia, Italia y España ha sido objeto de solución a través de los tribunales constitucionales; en cambio, en otros sistemas la Constitución la prevé. Así sucede en Brasil (artículo 102), Portugal (artículo 283) y Venezuela (artículo 336). En México sólo está regulada en las Constituciones de Chiapas (artículo 51), Tlaxcala (artículo 81), Quintana Roo (artículo 105) y Veracruz (artículos 64 y 65).

Esta institución no es una panacea, pero ofrece un instrumento que, rodeado de las necesarias precauciones, puede servir para que los derechos fundamentales, en especial los de naturaleza social, no queden en meras declaraciones sin consecuencia.<sup>20</sup>

## VI. COLOFÓN

En este trabajo he propuesto ampliar los derechos sociales y sus garantías, incluyendo la posibilidad de defensa ante particulares y frente a la pasividad del legislador ordinario. Esto es parte indispensable de la reforma institucional. Pero queda otro aspecto por considerar: la naturaleza del Estado define la calidad de los derechos individuales y colectivos. Un Estado que simpatiza o se compromete con intereses confesionales, pone en riesgo la positividad de los derechos fundamentales, sobre todo en lo que atañe a educación, salud, intimidad, patrimonio genómico, derechos de la mujer, libertad académica, libertad cultural y libertad sexual. Por eso, es relevante que los derechos sociales y la reforma institucional incluyan una definición básica: el laicismo del Estado mexicano.

Una práctica, iniciada por el constitucionalismo estadounidense y que se ha generalizado, consiste en incorporar preámbulos a las Constituciones. Entre otras ventajas, estos textos introductorios sirven para orientar el criterio de los juzgadores, de los legisladores ordinarios y de las políticas gubernamentales. También auxilian a los gobernados en el ejercicio y defensa de sus derechos.

En este orden de consideraciones, concluyo con la siguiente propuesta para la Constitución mexicana:

<sup>20</sup> Miguel Carbonell apunta los problemas de esta institución, y recoge ensayos muy orientadores donde se examinan las experiencias de los sistemas donde funciona. *En busca de las normas ausentes*, México, UNAM, 2003.

## PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN

*Esta Constitución expresa la voluntad del pueblo mexicano de instituir un Estado de derecho democrático y social, organizado como Federación, basado en los principios de soberanía popular, libertad, justicia, equidad, dignidad, laicidad y seguridad jurídica, donde se moderen la opulencia y la indigencia y se haga posible una sociedad igualitaria y plural, y que en el ámbito interno y en las relaciones internacionales auspicie el desarrollo y la garantía de los derechos humanos.*



# LA PROTECCIÓN A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA CORTE INTERAMERICANA A TRAVÉS DE DERECHOS INDIVIDUALES EJERCIDOS COLECTIVAMENTE

Nayeli LIMA BÁEZ\*

SUMARIO: I. *A manera de introducción. La Corte Interamericana de Derechos Humanos.* II. *La protección a la identidad cultural a través del derecho a la vida digna.* III. *El derecho a la participación política como una manifestación de la identidad cultural indígena.* IV. *Derecho a la propiedad privada y su uso comunitario de la tierra.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. A MANERA DE INTRODUCCIÓN. LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

En el sistema interamericano la protección de la identidad cultural se hace a partir de la interpretación de diversos casos, sobre todo indígenas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha desarrollado una serie de derechos y principios a partir de la interpretación de derechos convencionalmente protegidos, a través de la protección *par ricochet* o por rebote. Cabe mencionar que la protección *par ricochet* o por rebote es una técnica de interpretación que tiene su origen en la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) permitiendo paliar las insuficiencias de la Convención Europea en dos dominios: las condiciones de detención y las medidas de expulsión de extranjeros quienes se situaban inicialmente *hors du droit* de la Convención.<sup>1</sup>

\* Doctorante en Ciencias Políticas y Sociales por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM; Master 2-Recherche Droits de l'Homme por la Université Lumière Lyon-2; especialista en Derechos Humanos por la Facultad de Derecho, UNAM; licenciada en Ciencias Políticas y Administración Pública por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM. E-mail: [ileyanamil@gmail.com](mailto:ileyanamil@gmail.com)

<sup>1</sup> El caso *Soering vs. Reino Unido* del 7 julio de 1989 consagra formalmente este mecanismo. Disponible en el apartado de jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos [http://www.echr.coe.int/echr/Homepage\\_Fr](http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_Fr).

Pero también permite una protección más amplia del derecho al medio ambiente sano por la vía de derechos garantizados.<sup>2</sup> Así, gracias a la técnica de protección por rebote o *par ricochet*, ciertos derechos sociales se pueden beneficiar de la protección indirecta del artículo 8o. de la Convención Europea, tales como las condiciones de vida de personas en situación de vulnerabilidad, particularmente de los miembros de minorías.<sup>3</sup>

El sistema interamericano de protección y promoción de derechos humanos está compuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en Washington D.C. y la Corte IDH con sede en San José, Costa Rica. Es un sistema dualista que reposa esencialmente en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 —la Comisión es competente con respecto de todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) y sanciona al respecto de sus obligaciones derivadas de la Declaración Americana— y sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) de 1969. La Corte tiene competencia para conocer de contenciosos sólo al respecto de Estados que hayan ratificado la Convención Americana y aceptado la jurisdicción de la Corte.<sup>4</sup>

La jurisdicción de la Corte es limitada. Ella puede resolver casos únicamente cuando el país implicado ha:

- a) Ratificado la Convención Americana.
- b) Aceptado la jurisdicción facultativa de la Corte (desde 1992, solamente 21 de 35 naciones han firmado esta jurisdicción facultativa).<sup>5</sup>
- c) Cuando la Comisión Interamericana ha terminado su investigación.

<sup>2</sup> Dejeant-Pons, Maguelonne, “Les droits de l’homme à l’environnement dans le cadre du Conseil de l’Europe”, in Champeil-Desplats, Veronique *et al.*, *Environnement et renouveau des droits de l’homme. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 20-21 novembre 2003*, París, La documentation française, 2006, pp. 75-89.

<sup>3</sup> Sudre, Frédéric, *Droit européen et International des droits de l’homme*, 9a. ed., París, PUF, 2008, p. 475.

<sup>4</sup> Para profundizar sobre el sistema interamericano de derechos humanos ver: Fáñez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed., revisada, San José-Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004; Hennebel, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l’homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, Publications de l’institut international des droits de l’homme, 2007; Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia*, Santiago-Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2005; Tigroudja, Hélène y Panoussis, Ioannis, *La Cour interaméricaine des droits de l’homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, 2003.

<sup>5</sup> Los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que pueden ser llamados por la Comisión delante de la Corte son los siguientes: Argentina, Barbados, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador,

- d) Cuando el recurso de demanda sea presentado en menos de tres meses después de la publicación del reporte de la Comisión.

Un individuo o depositario no puede quejarse en la Corte sin que antes haya sido examinado por la Comisión. Si la Comisión envía un caso a la Corte IDH, ella le notifica al depositario y al Estado. Es en ese momento que el quejoso o un abogado pueden demandar medidas necesarias de protección tanto para las víctimas, como para los testigos y las pruebas.<sup>6</sup>

El objetivo de este trabajo es demostrar que si bien los pueblos indígenas no gozan de una protección específica en la Convención Americana, la Corte IDH ha rendido diferentes casos relativos a quejas individuales que emanan de colectividades indígenas sobre la violación de derechos reconocidos convencionalmente. La importancia de estos casos es que la Corte ha desarrollado una interpretación más extensa de estos derechos tomando en cuenta las especificidades culturales de estos grupos. La protección de la identidad cultural deviene efectiva a partir del momento en que la Corte de San José reconoce la importancia de sancionar los derechos violentados que vulneran la identidad cultural de los pueblos indígenas y cuyos efectos pueden provocar hasta la pérdida de su propia existencia como entidad social y cultural.

En la Convención Americana no existen derechos colectivos. Sin embargo la Corte actuará para reconocer derechos individuales en un sentido colectivo para los pueblos indígenas. Así, el derecho a la vida (II), el derecho a la participación política (III) y el derecho a la propiedad privada (IV), adquieren otro sentido en el seno del sistema interamericano para proteger la identidad cultural de los pueblos indígenas.

## II. LA PROTECCIÓN A LA IDENTIDAD CULTURAL A TRAVÉS DEL DERECHO A LA VIDA DIGNA

El derecho a la vida está consagrado en el artículo 4o. de la Convención Americana el cual enuncia que la vida debe ser protegida por la ley y que ella no debe ser despojada arbitrariamente. Para la Corte IDH, este derecho es un “derecho humano fundamental”, pues estima que su respeto es el prerequisite para el disfrute de todos los otros derechos humanos.<sup>7</sup>

Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Trinidad y Tobago retiró la jurisdicción de la Corte.

<sup>6</sup> Cançado Trindade, Antonio Augusto, *Evolution du droit international au droit de gens. L'accès des individus à la justice Internationale: le regard d'un juge*, París, Pedone, 2008, pp. 66-70.

<sup>7</sup> Corte IDH, Villagrán Morales (Caso Niños de la Calle) y otros vs. Guatemala, 19 de noviembre de 1999, fondo, costas y reparaciones, serie C, núm. 63, §144.

En el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas, este derecho toma todo su sentido en la medida que al curso de la historia, los indígenas han sido expuestos a una violencia y una eliminación sistemática que no se limitó al tiempo del colonialismo. Se deben recordar las matanzas en Guatemala, Perú y actualmente en Colombia que son perpetradas por diferentes grupos armados —incluyendo al mismo Estado—, durante los conflictos armados.<sup>8</sup> Esta eliminación física de un pueblo y sus miembros se traduce en la eliminación de su cultura.

La exigencia del artículo 4.1<sup>9</sup> tiene una doble obligación que es impuesta a los Estados: la obligación negativa de no atentar contra la vida y la obligación positiva de proteger activamente el derecho a la vida y de actuar en caso de violación. La Corte señala también que el derecho a la vida, “comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna”.<sup>10</sup> El concepto del derecho a la vida es también el derecho de gozar dignamente de la vida.

En el caso de la Comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay (1) y Sawhoyamaya *vs.* Paraguay (2), una nueva manera de proteger el derecho a la identidad cultural a través del derecho a la vida digna se inscribe en la jurisprudencia interamericana.

### 1. *El caso de la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay*

La comunidad indígena Yakye Axa pertenece al pueblo *Lengua Enxet Sur*, que forma parte de la familia *Lengua-Maskoy* (*Enhelt-Enenlhet*) en el Chaco paraguayo.<sup>11</sup> Esta comunidad indígena fue privada de su tierra ancestral y por

<sup>8</sup> Véase los casos Corte IDH, Barrios Altos *vs.* Perú del 14 de marzo de 2001; Caracazo *vs.* Venezuela, del 29 de agosto de 2002; Plan de Sánchez *vs.* Guatemala, del 20 de abril de 2004; 19 Mercaderes *vs.* Colombia, del 5 de julio de 2004; Mapiripán *vs.* Colombia, del 17 de septiembre de 2005; Comunidad Moiwana *vs.* Surinam, del 15 de junio de 2005; Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, del 31 de enero de 2006; Masacre de Itahuango *vs.* Colombia, del 1 julio de 2006, entre otros. En el caso especial de México: Campo Algodonero *vs.* México, del 16 de noviembre de 2009. Las sentencias pueden consultarse en la página de la Corte Interamericana: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

<sup>9</sup> Artículo 4.1 Convención Americana de derechos del hombre. Derecho a la vida. “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

<sup>10</sup> Corte IDH, Villagrán Morales (Caso Niños de la Calle) y otros *vs.* Guatemala, 19 de noviembre de 1999, Fondo, reparaciones y costas, serie C, núm. 63, §144.

<sup>11</sup> Corte IDH, Comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, párr. 50.1.

esta razón, los indígenas concernientes vivían en condiciones de pobreza extrema que les impedía sobrevivir. Instalados al borde de una autopista en la espera que las autoridades resolvieran su demanda de reivindicación de tierras, esta comunidad no podía realizar sus actividades tradicionales de caza, pesca y recolección de frutos. Las declaraciones de las víctimas, testigos y especialistas hablan de la gran precariedad en la que viven los miembros de la comunidad Yakye Axa.<sup>12</sup> La ausencia de los servicios más indispensables así como la carencia de recursos alimenticios, de agua potable, de asistencia médica, provocaron la muerte de dieciséis personas de enfermedades prevenibles y curables.

Para examinar sus condiciones de vida, la Corte analizó las exigencias del artículo 4o. de la Convención Americana bajo la perspectiva de los artículos 1.1 y 26 de esta misma, pero también bajo el análisis de los artículos 10 (derecho a la salud), 11 (derecho al medio ambiente sano), 12 (derecho a la alimentación), 13 (derecho a la educación), 14 (derecho a los beneficios de la cultura) del Protocolo de San Salvador sobre los derechos económicos, sociales y culturales ratificado por Paraguay.<sup>13</sup> La Corte también citó al Comité de Naciones Unidas sobre los derechos económicos, sociales y culturales y examinó, a través de las pruebas, la violación de estos derechos señalando la precariedad de las condiciones de vida de los indígenas.<sup>14</sup>

Además, para la Corte, el Estado debió ofrecer una asistencia particular a los niños así como a las personas de edad avanzada pues éstos juegan un rol central en la transmisión oral de la cultura y la historia.<sup>15</sup> Sin embargo, la Corte IDH juzgó que la muerte de los dieciséis indígenas no puede imputársele al Estado, pues su implicación no fue suficientemente demostrada, negándose a constatar la violación del artículo 4.1 de la Convención en materia de éstos decesos.<sup>16</sup> Pero la Corte IDH condena al Estado bajo este mismo artículo por no haber adoptado medidas a fin de hacer frente a las condiciones en las cuales vivían los miembros de Yakye Axa, y que en consecuencia se afectó su posibilidad de tener una vida digna.<sup>17</sup>

Según Hennebel: “La postura de la Corte IDH [sobre la no imputabilidad del Estado por las dieciséis muertes de la comunidad] es difícilmente comprensible, en particular a la lectura de los principios que ella estableció previamente sobre la violación del artículo 4 con respecto a los miembros de

<sup>12</sup> *Ibidem*, párrs. 50.92-50.111

<sup>13</sup> *Ibidem*, párr. 163.

<sup>14</sup> *Ibidem*, párrs. 166-167.

<sup>15</sup> *Ibidem*, párr. 175.

<sup>16</sup> *Ibidem*, párr. 178.

<sup>17</sup> *Ibidem*, párr. 176.



la comunidad en su conjunto”.<sup>18</sup> En efecto, la Corte fue el escenario de fuertes oposiciones entre sus miembros (cinco votos contra tres) que fueron saldados por la emisión de opiniones disidentes que señalaron la importancia de la protección del derecho a la identidad cultural por el derecho a la vida, como la opinión de los jueces A. A. Cançado Trindade y M. Ventura Robles:

La identidad cultural tiene raíces históricas y en las circunstancias del presente caso de la comunidad indígena Yakye Axa, se encuentra vinculada a la tierra ancestral. Pero lo que amerita aún mayor énfasis es el hecho de que la identidad cultural es un componente o agregado del propio derecho a la vida *lato sensu*; así, si se afecta la identidad cultural se afecta inevitablemente el propio derecho a la vida de los miembros de la referida comunidad indígena.<sup>19</sup>

El juez Abreu Burelli va más lejos. Él menciona el lazo innegable del derecho a la identidad cultural con otros derechos y su protección en la Convención a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en diversos artículos:

En lo que respecta a la Convención Americana, el derecho a la identidad cultural, si bien no se encuentra establecido expresamente, sí se encuentra protegido en el tratado a partir de una interpretación evolutiva del contenido de los derechos consagrados en los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos), 5 (integridad personal), 11 (protección del honor y la dignidad), 12 (libertad de conciencia y de religión), 13 (libertad de expresión), 15 (derecho de reunión), 16 (libertad de asociación), 17 (protección a la familia), 18 (derecho a tener un nombre), 21 (propiedad privada), 23 (derechos políticos) y 24 (igualdad frente a la ley) del mismo, dependiendo de los hechos del caso concreto. Es decir, no siempre que se vulnere uno de dichos artículos se estaría afectando el derecho a la identidad cultural.<sup>20</sup>

Y “a la luz de lo anterior, es posible establecer que la identidad cultural tiene distintas manifestaciones que se encuadran dentro de la protección, y a la vez dentro de las limitaciones, que brinda la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> “La position de la Cour IDH est difficilement compréhensible, en particulier à la lecture des principes qu’elle établit au préalable sur la violation de l’article 4 à l’égard des membres de la communauté dans son ensemble”. Hennebel, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l’homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*. Bruxelles, Bruylant, Publications de l’institut international des droits de l’homme, 2007, p. 440.

<sup>19</sup> Corte IDH, Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, *cit.*; Cançado Trindade, A. A. y Ventura Robles, M., voto separado (disidente), en anexo, párr.18

<sup>20</sup> *Ibidem*, Separado (parcialmente disidente) en anexo, párr. 24.

<sup>21</sup> *Ibidem*, párrs. 35 y 36

La Corte, sin embargo, confirma su jurisprudencia de la protección del derecho a la vida y en consecuencia a la identidad cultural a través de la amplia interpretación sobre el derecho a la vida en el caso comunidad Sawhoyamaxe *vs.* Paraguay (b) basándose sobre hechos casi idénticos a aquellos del caso Yakye Axa.

## 2. *El caso de la Comunidad Sawhoyamaxe vs. Paraguay*

La comunidad indígena Sawhoyamaxe pertenece a los pueblos indígenas Lengua Enxet Sur y Enhelt Norte, así como a Sanapaná, Toba, Angaité, Toba Maskoy y Guaná, que son parte de la familia lingüística Lengua-Maskoy (Enhelt-Enenlhet) y que tradicionalmente han ocupado el Chaco paraguayo.<sup>22</sup> Como en el caso de la Comunidad Yakye Axa, la comunidad Sawhoyamaxe habita en los bordes de la autopista en espera de la respuesta concerniente a la demanda de reivindicación de sus tierras ancestrales. Sus miembros viven en condiciones de pobreza extrema sin ingresos ni subsistencia garantizadas, sin servicio médico ni agua potable. La Corte retoma las investigaciones hechas por los expertos en el caso Yakye Axa para incorporarlas en este asunto.<sup>23</sup>

A diferencia de Yakye Axa, la Corte IDH acepta en este caso, imputar al Estado la responsabilidad del deceso de varias personas —niños en su mayoría—, muertos de enfermedades respiratorias, digestivas y otras, todas ampliamente prevenibles y de fácil tratamiento, implicando solamente un leve costo financiero al seno de la comunidad. Así, la Corte atribuye el hecho que estas personas hayan sido privadas de seguimiento sanitario y que la asistencia médica haya sido insuficiente.

Los jueces disidentes en el caso Comunidad Yakye Axa recordaron el error cometido por la Corte de no haber condenado al Estado por su responsabilidad en la muerte de los dieciséis indígenas y aplaudieron la corrección de este error en el caso Comunidad Sawhoyamaxe.<sup>24</sup> Así, la Corte manifiesta que las violaciones del derecho a la salud y las afrentas al derecho a la alimentación y al acceso al agua potable, que están íntimamente ligadas, afectan seriamente al derecho a una existencia digna y atentan a las condi-

<sup>22</sup> Corte IDH, Comunidad Sawhoyamaxe *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, párr. 73-5.

<sup>23</sup> *Ibidem*, párr. 18

<sup>24</sup> *Ibidem*, juez Sergio García Ramírez, voto razonado en anexo, párr. 22; A. A. Cançado Trindade, voto razonado, párr. 6, 67-74; Manuel E. Ventura Robles, voto razonado, párr. 1-5, 15.

ciones básicas para el ejercicio de otros derechos fundamentales, netamente aquellos que tocan a la educación y a la identidad cultural.<sup>25</sup>

En efecto, tal como lo menciona el juez Manuel E. Ventura Robles, las condiciones de vida de la comunidad Sawhoyamaxa afectan tanto su identidad personal como cultural. Para la Corte, en lo que concierne a los indígenas existe un lazo de causalidad directa entre el abandono de sus tierras ancestrales, sus condiciones de vida extremadamente precarias y la pérdida de su identidad personal y cultural.<sup>26</sup> El juez Cançado Trindade refuerza la estrecha relación entre el derecho a la identidad cultural y el derecho a la vida:

El derecho a la vida es, en el presente caso de la Comunidad Sawhoyamaxa, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el pasar del tiempo, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural se encuentra estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida lato sensu, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.<sup>27</sup>

La Corte Interamericana protegió de esta manera el derecho a la identidad cultural a través del derecho a la vida, pero un derecho a la vida en un sentido más amplio que impone no sólo la obligación de proteger la vida o de no atentar contra ella, sino también la responsabilidad de la dignidad en las condiciones de vida de los ciudadanos.

Tal jurisprudencia extiende considerablemente el campo de imputabilidad de hechos atribuibles al Estado por la violación del artículo 4o. de la Convención,<sup>28</sup> pues implícitamente las dos dimensiones del derecho a la vida son englobadas en el derecho a la vida digna. En fin, la Corte extiende sobre todo la protección de un derecho no protegido en la Convención Americana: el derecho a la identidad cultural.

Esta dinámica será utilizada por la Corte en diversos casos indígenas señalando que el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas es

<sup>25</sup> Corte IDH, Comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay, *cit.*, párr. 167.

<sup>26</sup> Corte IDH, Comunidad Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, Manuel E. Ventura Robles, voto razonado, párr.13

<sup>27</sup> *Ibidem*, A. A. Cançado Trindade, voto razonado, párr. 28.

<sup>28</sup> Hennebel, Ludovic, *op. cit.*, p. 440.

un derecho que se debe proteger. Enseguida veremos la protección del derecho a la identidad cultural a través del derecho a la participación política.

### III. EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA COMO UNA MANIFESTACIÓN DE LA IDENTIDAD CULTURAL INDÍGENA

El derecho a la participación política es protegida por el artículo 23 de la Convención Americana en la que prevé que:

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.<sup>29</sup>

Aparentemente los derechos políticos no deben ser problema en las sociedades democráticas donde los derechos al voto y al ser elegido son, particularmente, puestos en relieve como condiciones esenciales para la democracia. Esto implica que todo ciudadano debe poder presentarse a las elecciones sin obstáculos injustificados del Estado y mientras se respeten las condiciones legales.<sup>30</sup> Pero podemos preguntarnos: ¿qué pasa cuando las condiciones legales de participación no permiten a un grupo presentarse a las elecciones por el hecho que su forma de organización política, elemento de su identidad cultural, no es reconocida?

La Corte IDH se pronunció en 2005 por primera vez sobre la violación de derechos políticos de los pueblos indígenas protegidos por el artículo 23 del Pacto de San José en el caso *Yatama vs. Nicaragua*. Declaró que el Estado había violado el derecho a ser elegido en perjuicio de las personas que

<sup>29</sup> OEA, Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 23.

<sup>30</sup> Tigroudja, Hélène, "Chronique de décisions rendues par la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme (2005)", *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, núm. 66, 2006, p. 310

habían sido propuestas por su organización para ser inscritos y participar como candidatos a elecciones municipales y que habían sido excluidas de esta participación. Esta organización reagrupaba a miembros de numerosas comunidades indígenas y étnicas. La Corte estimó que el Estado introdujo y aplicó disposiciones electorales que establecían una restricción indebida al ejercicio del derecho a ser elegido y reglamentaba de manera discriminatoria. Veremos en seguida los puntos más importantes sobre la protección de la identidad cultural a través del derecho a la participación política.

*El caso Yatama vs. Nicaragua y la protección de la identidad cultural a través del derecho a la participación política*

Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka, Yatama o “la Organización de los pueblos de la Madre Tierra” es una organización etno-política que reagrupa una parte de la población del Caribe Nicaragüense, principalmente el pueblo indígena *Mistiko*. Su principal objetivo es defender los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y de promover la autonomía de dichos pueblos respetando sus tradiciones.<sup>31</sup> Yatama tiene una forma de organización llamada “democracia comunitaria” basada en asambleas de comunidades y de barrios.

Los peticionarios se quejaban, en calidad de representantes de una comunidad indígena, de haber sido privados del derecho de presentarse a las elecciones municipales en el año 2000. En primer lugar, porque la nueva ley electoral interna, publicada nueve meses antes de las elecciones, exigía que los grupos que presentaran candidatos fueran constituidos jurídicamente en partidos políticos, eliminando así las asociaciones de suscripción popular, forma en la cual había participado Yatama en las últimas elecciones.<sup>32</sup> Yatama tuvo que convertirse en partido político y hacer alianza con otra organización indígena para obtener su inscripción al registro electoral, “pero el

<sup>31</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 645; véase también, González Volio, Lorena, “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el Caso Yatama contra Nicaragua”, *Revista IIDH*, 2005, vol. 41, p. 319.

<sup>32</sup> Yatama participó en las elecciones de 1990 y 1996 bajo la figura de Asociación de Suscripción Popular. La ley electoral en ese momento permitía la participación política de cualquier organización que reunía un mínimo de 5% de los ciudadanos incluidos en el registro electoral del distrito. Las asociaciones de suscripción popular podían presentar candidatos para los puestos de alcaldes, vice alcaldes o al consejo municipal en todo el país y para miembros de los consejos de las regiones autónomas de la Costa Atlántica. Véase Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, párr. 124.20.

Consejo supremo electoral rechazó la participación del partido porque no reunía las condiciones requeridas por la ley”.<sup>33</sup> Yatama impugnó la decisión, sin embargo como no había ningún recurso judicial contra la decisión que el Consejo adoptó, ésta no pudo ser revisada.<sup>34</sup>

En segundo lugar, porque este cambio en partido político no permitió la participación real de Yatama en las elecciones. Hubo un abstencionismo en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN) del 80% pues los miembros de las comunidades indígenas no se sentían representados por los candidatos de los partidos políticos nacionales.<sup>35</sup> En efecto, Yatama posee una organización piramidal que permite a “cada familia, de cada barrio tener el derecho de ser parte de las asambleas comunitarias y de escoger entre sus miembros a quienes los representarán en las asambleas territoriales. Estas asambleas territoriales elegirán a los alcaldes de las comunas quienes los representarán, a su vez, en la asamblea regional”,<sup>36</sup> la cual es la encargada de adoptar el programa electoral y de nombrar a los candidatos para las elecciones de la Asamblea nacional.

Efectivamente, la Corte indicó que como consecuencia de la violación del derecho de los candidatos a ser elegidos, los electores fueron privados de la opción que estos candidatos representaban, lo cual restringió el ejercicio del derecho al voto, teniendo incidencias negativas sobre la libre expresión de la voluntad del electorado, con consecuencias desfavorables para la democracia.<sup>37</sup>

La Corte se pronunció por la primera vez, de la misma manera, sobre la violación de derechos políticos colectivos, protegidos por el artículo 23 de la Convención en combinación con los artículos 1.1 y 24, los cuales forman el principio de igualdad y no discriminación.<sup>38</sup> Consideró que era

<sup>33</sup> Hélène Tigroudja, *op. cit.*, p. 310, “*Mais le Conseil suprême électoral a refusé la participation du parti, au motif qu’il ne remplissait pas les conditions requises par la loi*”.

<sup>34</sup> Corte IDH, Yatama *vs.* Nicaragua, *cit.*, párr. 173.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 124.69.

<sup>36</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit.*, p. 661.

<sup>37</sup> Corte IDH, Yatama *vs.* Nicaragua, *cit.*, párr. 226.

<sup>38</sup> Para la Corte Interamericana el principio de igualdad y no discriminación está compuesta por dos elementos de vital importancia para la protección de los derechos humanos. Primero, el principio de no discriminación que es consagrado por diversas disposiciones de la Convención. En efecto, el artículo 1.1. exige a los Estados garantizar los derechos y libertades establecidos en la Convención sin discriminación, es decir, que los Estados parte tienen la obligación de no discriminar a las personas beneficiarias por razones que se basen en la raza, el color de piel, el sexo, la posición económica, la religión, la lengua, el origen nacional o social, etc. Segundo, la Corte se apoya sobre el principio de igualdad frente a la ley y la prohibición de la discriminación que es establecida en el artículo 24. De este hecho,

indispensable que el Estado genere las condiciones y proporcione los mecanismos óptimos para que los derechos políticos relativos a la participación en la dirección de asuntos públicos, a votar, a ser elegido, y a acceder a las funciones, como están consagrados por el artículo 23 de la Convención, puedan ser ejercidas efectivamente, con respeto al principio de igualdad y no discriminación.<sup>39</sup>

Además, esta obligación de garantizar la participación política, no puede ser satisfecha por la sola aplicación de normas que reconocen formalmente tales derechos. Es necesario que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, teniendo en cuenta la situación de abandono en la cual se encuentran ciertos sectores de la población o grupos sociales.<sup>40</sup> En efecto, la Corte desacraliza la figura de los partidos políticos como única vía para participar en las elecciones políticas, porque “no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político”.<sup>41</sup>

El derecho a la identidad de los pueblos indígenas es protegido en este caso porque el modo de vida de las comunidades indígenas, afecta también el campo político y su derecho a la identidad cultural bajo “el principio de efectividad de derechos, aplicado a los derechos que se derivan del artículo 23 de la Convención Americana, que exige pues, tomar en cuenta la especificidad de grupos minoritarios tales como los indígenas. Su identidad cultural parece, por consecuencia, dar lugar a la emergencia de un derecho que no está explícitamente enunciado en la Convención”.<sup>42</sup> La Corte señala que “Yatama contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica”,<sup>43</sup> por consecuencia en este caso, los derechos políticos de los pueblos indígenas “crece en importancia por tener incidencia directa en la necesidad de preservar el derecho

la Convención prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. Así con la combinación del artículo 1.1 y 24, la Corte precisa que los Estados no deben introducir en su orden jurídico, leyes o regulaciones discriminatorias que afecten el principio de igualdad y no discriminación frente a la ley, pero también de suprimirlas con el objeto de garantizar este principio fundamental.

<sup>39</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, *cit.*, párrs.194 y 195.

<sup>40</sup> *Ibidem*, párrs. 201 y 202.

<sup>41</sup> *Ibidem*, párr. 215.

<sup>42</sup> Burgorgue-Larsen, Laurence y Úbeda de Torres, Amaya, *op. cit.*, p. 660. “*Le principe d’effectivité des droits, appliqué aux droits découlant de l’article 23 de la Convention américaine, qui exige donc la prise en compte de la spécificité des groupes minoritaires tels que les indigènes. Leur identité culturelle semble par conséquent donner lieu à l’émergence d’un droit non explicitement énoncé dans la Convention*”.

<sup>43</sup> Corte IDH, *Yatama vs. Nicaragua*, *cit.*, párr. 227.

a la identidad cultural, y el derecho de participación en la vida pública, de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua”.<sup>44</sup>

#### IV. DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y SU USO COMUNITARIO DE LA TIERRA

Los pueblos indígenas tienen un fuerte lazo con la tierra, elemento básico de su identidad cultural, de su vida y su cultura. Las autodenominaciones tales como “los hijos de la Madre-Tierra”, “hijos del bosque”, “hombres del río”, son ejemplo de ello.

En la mayoría de los Estados latinoamericanos, las tierras indígenas tienen un reconocimiento constitucional, pero la concesión de tierras en beneficio de proyectos económicos, la intensificación de invasiones extranjeras, la pobreza, la expoliación y la destrucción del medio ambiente y de recursos naturales han obligado a los pueblos indígenas a intensificar la defensa de sus territorios ancestrales. Pese al reconocimiento de la inalienabilidad de la propiedad comunal indígena, los títulos de propiedad no son siempre respetados y los trámites para su obtención son lentos y complicados.

Con el reconocimiento de sus derechos territoriales, los pueblos indígenas y tribales tienen la posibilidad de luchar contra las grandes empresas transnacionales o contra los Estados por su responsabilidad en no garantizar la protección o el reconocimiento de sus territorios, teniendo repercusión en el derecho internacional.<sup>45</sup> En el sistema de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos desarrolló una interpretación específica del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el ámbito de su jurisprudencia recibiendo las quejas de los pueblos indígenas fundada sobre este artículo. “Bien que el artículo 27 sea formulado en términos negativos, el Comité precisa que éste obliga a los Estados a tomar medidas positivas para restaurar y proteger los títulos de propiedad, así como los intereses de los indígenas sobre sus tierras ancestrales”.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> *Ibidem*, opinión separada del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 6. “Y, en el presente caso Yatama, como reconoce la Sentencia de la Corte, la vigencia de los derechos políticos crece en importancia por tener incidencia directa en la necesidad de preservar el derecho a la identidad cultural, y el derecho de participación en la vida pública, de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua”.

<sup>45</sup> Véase Bellier, Irène, “L’Organisation des Nations Unies et les Peuples Autochtones: La périphérie au centre de la mondialisation”, *Revue Socio-anthropologie*, núm. 14, 2004, consultada el 5 de octubre de 2011. <http://socio-anthropologie.revues.org/index385.html>.

<sup>46</sup> Deroche, Frédéric, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre. Un questionnement pour l’ordre mondial*, Paris, Harmattan, Centre de Recherche et d’Etude en Droit et Science Politique, 2008, p. 281.



El sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular la Comisión Interamericana recibe una gran cantidad de quejas de pueblos indígenas con respecto a este tema.<sup>47</sup> La Corte, por su parte, ha desarrollado en materia de pueblos indígenas una importante jurisprudencia a partir de la interpretación evolutiva de la Convención Americana.<sup>48</sup> Bajo esta perspectiva analizaremos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua (1) el cual fue uno de los primeros casos indígenas sobre el reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria como una manera de proteger la identidad cultural, y cómo ese reconocimiento se extiende a las poblaciones tribales (2).

### 1. *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*

La Convención Americana de los Derechos Humanos menciona en su artículo 21, llamado Derecho a la Propiedad Privada que:

<sup>47</sup> Véase CIDH, Caso 12.053, Comunidades indígenas mayas y sus miembros (Belice), 5 de octubre de 2000, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Belice12.053.htm>; CIDH, Caso 7616, Pueblo Yanomami (Brasil), 5 de marzo de 1985, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Brasil7615.htm>; CIDH, Caso 11.856, Aucan Huilcaman y otros (Chile), 27 de febrero de 2002, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Chile11856.htm>; CIDH, Petición 4617/01, Mercedes Julia Huenteadro Beroiza y otros (Chile) 11 de marzo de 2004, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Chile.4617.htm>; CIDH, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de septiembre de 1999, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/US11.140.htm>; CIDH, Caso 11.713, Comunidades Indígenas Enxet-Lamexay y Kayleyphapopyet –Riachito (Paraguay), 29 de septiembre de 1999, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Paraguay11713.htm>; CIDH, Caso 12.313, Comunidad Indígena Yakye Axa Pueblo Enxet–Lengua (Paraguay), 27 de febrero de 2002, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Paraguay.12313.htm>; CIDH, Petición 0322/01, Comunidad Indígena Sawhoyamaya del Pueblo Enxet (Paraguay), 20 de febrero de 2003, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Paraguay.12.419.htm>; CIDH, Petición 0326, Comunidad Indígena Xakmok Kásek del Pueblo Enxet (Paraguay), 20 de febrero de 2003, <http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Paraguay.12.420.htm>; CIDH, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Belize.12053.htm>; CIDH, Petición 167/03, Pueblo Indígena Kichwas de Sarayaku (Ecuador), 13 de octubre de 2004, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2004sp/Ecuador.167.03.htm>; CIDH, Petición 906-03, Comunidad Garífuna y sus miembros, 14 de marzo de 2006, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Honduras906.03sp.htm>; CIDH, Petición 1118-03, Comunidad Garífuna de Cayos cochinos y sus miembros (Honduras), 24 julio 2007, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Honduras1118.03sp.htm>; CIDH Petición 987-04, Comunidad indígena Kelyenmagategma del pueblo Enxet-lengua y sus miembros (Paraguay), 24 julio de 2007, <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2007sp/Paraguay.987.04.sp.htm>.

<sup>48</sup> Véase, Malwé, Claire, “La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Bruxelles, 2009, núm. 78, pp. 569-605.

1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.<sup>49</sup>

El caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua es uno de los primeros casos indígenas en la Corte Interamericana sobre la reivindicación y el reconocimiento de derechos territoriales. El conflicto se origina cuando Nicaragua acuerda una concesión a una compañía maderera (SOLCARSA) cuyo margen de acción se sitúa dentro de las tierras ancestrales (no delimitadas) del pueblo Mayagna y sin que el Estado haya consultado a los miembros de la comunidad. El conflicto estribaba también en que la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni argumentaba tener los derechos comunales de propiedad, de acuerdo con su derecho consuetudinario, pero estas tierras no tenían títulos de propiedad.

Como numerosos pueblos indígenas, los miembros de Awas Tigni ocupan desde tiempos inmemoriales un territorio sin un reconocimiento oficial del Estado. La Corte afirmó que en este caso, los derechos de propiedad de los pueblos indígenas se derivan de su propia gestión de la tierra, de su uso y de su ocupación tradicional. En consecuencia, la posesión de la tierra conforme a sus usos y costumbres es suficiente como prueba de la existencia de este derecho de propiedad; de hecho los pueblos indígenas no tienen que justificar un título de propiedad que sería acordado por el Estado y según el derecho estatal.<sup>50</sup>

Además, la Corte manifestó que pese al reconocimiento constitucional de la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, el Estado nicaragüense no lo hizo efectivo, en primer lugar, porque no otorgó los títulos de propiedad que materializara dicho reconocimiento y, en segundo lugar, no delimitó la extensión del área precisa de la propiedad que la comunidad reclama y que es el centro de la controversia.<sup>51</sup> En efecto, esta delimitación definida como el “proceso formal que consiste en identificar concretamente el emplazamiento y los límites de las tierras o territorios indígenas y a materializar esta delimitación en el suelo”,<sup>52</sup> es una obligación de los Estados en

<sup>49</sup> OEA, Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 21.

<sup>50</sup> Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, párr. 151.

<sup>51</sup> *Ibidem*, párr. 152

<sup>52</sup> Deroche, Frédéric, *op. cit.*, p. 290.

acuerdo con el párrafo 2 del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT para hacer justiciable el derecho a la propiedad. Sin embargo, aunque la Corte no invoca el Convenio 169, condena al Estado por falta de las demarcaciones de los territorios de la Comunidad Mayagna Awas Tingni.

Así, la Corte considera que:

... el Estado ha violado el derecho al uso y el goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, toda vez que no ha delimitado y demarcado su propiedad comunal, y que ha otorgado concesiones a terceros para la explotación de bienes y recursos ubicados en un área que puede llegar a corresponder, total o parcialmente, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.<sup>53</sup>

En este mismo caso, la Corte desarrolla una interesante interpretación del artículo 21 para garantizar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas, como lo veremos enseguida.

*El reconocimiento del derecho a la propiedad comunitaria  
para proteger el derecho a la identidad cultural*

En los trabajos preparatorios de la Convención Americana, la frase “toda persona tiene derecho a la propiedad privada” fue reemplazada por “toda persona tiene derecho al uso y disfrute de sus bienes”, como una manera de evitar proteger sólo la propiedad privada y de poner en relieve su función social.<sup>54</sup> De esta manera la Corte puede interpretar de manera no restrictiva el artículo 21 del Pacto de San José, tomando en cuenta la importancia de la propiedad colectiva para los pueblos indígenas que consideran, según sus tradiciones, que las tierras pertenecen colectivamente a la comunidad. La relación de los pueblos indígenas con la tierra, no es una cuestión de posesión ni de producción, sino un elemento material y espiritual, del cual deben disfrutar a fin de preservar su cultura y asegurar la transmisión a las generaciones futuras.<sup>55</sup> Es por eso que la propiedad privada centrada en el individuo, tiene poca importancia en las comunidades indígenas.

Es así que la Corte en el caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni, desarrolla la sentencia a través de la interpretación integral de la cosmovisión indígena<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, *cit.*, párr. 153

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 145.

<sup>55</sup> *Ibidem*, párr. 149.

<sup>56</sup> *Ibidem*, opinión separada de los jueces A. A. Cançado Trindade, Máximo Pacheco Gómez y Alirio Abreu Burelli, párr. 13.

y esta es retomada en los casos Yakye Axa, Sawhoyamaya y Comunidad Moiwana contra Surinam.

En el caso Yakye Axa *vs.* Paraguay, la Corte señaló que la relación especial que los indígenas tienen con la tierra, debe ser reconocida y comprendida como base de su cultura, de su vida espiritual, de su integralidad, de su sobrevivencia económica y de la transmisión de estos elementos a las próximas generaciones.<sup>57</sup> También, afirmó que la cultura de los miembros de los pueblos indígenas corresponde a una forma de vida particular y que su relación con los territorios tradicionales y sus recursos, constituyen no sólo el principal medio de subsistencia, sino también un elemento de su cosmovisión, de su religión y de su identidad cultural.<sup>58</sup>

En el caso Comunidad Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, la Corte insistió de nuevo sobre la relación singular de los pueblos indígenas con sus tierras y la obligación de respetarla aunque ésta no corresponda a la forma clásica de propiedad.

## 2. *El derecho a la propiedad comunitaria de las poblaciones tribales*

En el caso Comunidad Moiwana *vs.* Surinam,<sup>59</sup> la Corte evocó el principio de la propiedad colectiva. Previó que, para los grupos de origen africano que viven en el país, como el pueblo N'djuka, el cual no es considerado indígena según la definición oficial, deben ser aplicados los mismos parámetros que para las comunidades indígenas porque ellos tienen una estrecha relación con su territorio y deben ser protegidos de acuerdo a las leyes internacionales. En consecuencia, la utilización tradicional de las tierras y su posesión debe bastar para obtener el reconocimiento estatal de su propiedad.<sup>60</sup> Por consiguiente, hubo violación del derecho de los miembros de la comunidad a la utilización y explotación comunal de su propiedad según el artículo 21 de la CADH.

En 2007, la Corte rindió una sentencia parecida en otro caso contra Surinam en favor del pueblo Samaraka basado sobre la misma dinámica que el caso Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni. El Estado había

<sup>57</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, *op. cit.*, párr. 131; *cf.* Corte IDH, Masacre Plan de Sánchez, *cit.*, párr. 85; Corte IDH, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, *cit.*, párr. 149.

<sup>58</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, *cit.*, párr. 135.

<sup>59</sup> Véase apartado B. de este mismo capítulo “Derecho a la integridad personal”, en el punto b) Comunidad Moiwana contra Surinam y la protección de la identidad cultural a través de la integridad espiritual.

<sup>60</sup> Corte IDH, Comunidad Moiwana *vs.* Surinam, *cit.*, párr. 182.

dado concesiones de explotación maderera y minera sobre el territorio del pueblo Saramaka que provocaron daños en estas tierras. Los sarakas por su lado reclamaban también el derecho de poder disfrutar de los recursos naturales que se encuentran en su territorio. Sin embargo, el Surinam no había reconocido la personalidad jurídica de este pueblo para reconocer su derecho a la propiedad comunitaria.

Constatando la ausencia de recursos abiertos a las comunidades indígenas, la Corte concluyó igualmente la violación del artículo 3o. (derecho a la personalidad jurídica) en combinación con el artículo 25 (garantías judiciales) de la Convención Americana. Además, la Corte constató la insuficiencia de Surinam relativa a la ausencia de mecanismos para proteger los derechos colectivos de propiedad de los indígenas, comprobando también la violación del artículo 2o.<sup>61</sup>

La Corte juzgó que los miembros del pueblo Saramaka tienen el derecho del uso y disfrute de los recursos naturales en su territorio. Por su parte, el Estado puede limitar este derecho a través de la concesión para la explotación y la extracción de recursos naturales sólo si los Saramaka obtienen beneficios de esas explotaciones y supervisen evaluaciones previas de impacto ambiental y social de estas actividades. Pero como el Estado no cumplió con sus obligaciones en este ámbito, violó el artículo 21 de la Convención.<sup>62</sup>

Así, con la interpretación del artículo 21 de la Convención bajo las reglas generales del artículo 29 que prohíbe una interpretación restrictiva, se liga el derecho a la propiedad comunitaria con el derecho a la identidad cultural como elementos interdependientes tomando en cuenta “la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los

<sup>61</sup> Úbeda de Torres, Amaya, “Cour interaméricaine des Droits de l’Homme”, *Revue d’actualité juridique, l’Europe des Libertés*, núm. 25, pp. 60-63, <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/IMG/CourIDH.pdf>.

<sup>62</sup> Corte IDH, Pueblo Saramaka vs. Surinam, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, párr. 158. “... que los integrantes del pueblo Saramaka tienen el derecho a usar y gozar de los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio que ocupan tradicionalmente y que sean necesarios para su supervivencia; segundo, que el Estado puede restringir dicho derecho mediante el otorgamiento de concesiones para exploración y extracción de recursos naturales que se hallan dentro del territorio Saramaka sólo si el Estado garantiza la participación efectiva y los beneficios del pueblo Saramaka, si realiza o supervisa evaluaciones previas de impacto ambiental o social y si implementa medidas y mecanismos adecuados a fin de asegurar que estas actividades no produzcan una afectación mayor a las tierras tradicionales Saramaka y a sus recursos naturales, y por último, que las concesiones ya otorgadas por el Estado no cumplieron con estas garantías. Por lo tanto, la Corte considera que el Estado ha el artículo 21 de la Convención, en relación con el artículo 1 de dicho instrumento, en perjuicio de los integrantes del pueblo Saramaka”.

pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras”.<sup>63</sup>

En conclusión podemos decir que el avance jurisdiccional en materia de pueblos indígenas de la Corte Interamericana, muestra que el ámbito del derecho internacional está en plena expansión. La protección de derechos que no son reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden volverse justiciables para todos los pueblos y grupos étnicos, pero la voluntad política de los Estados para cumplir las recomendaciones o las sentencias (en el caso de la Corte) es fundamental. Sin un compromiso real por parte de los Estados, los derechos humanos permanecerán en el marco del discurso y no de la práctica.

## V. CONCLUSIONES

El avance jurisdiccional en materia de pueblos indígenas en la Corte Interamericana, muestra que el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos está en plena expansión. A diferencia de la Corte Europea y del mismo Comité de Derechos Humanos de la ONU, la Corte Interamericana ha intentado ir más allá de la esfera restringida de la Convención Americana y se ha aventurado a colocar en la jurisprudencia internacional, medidas de protección palpables para los pueblos indígenas, incorporando la premisa de que la protección de derechos que no son reconocidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos pueden volverse justiciables para todos los pueblos y grupos étnicos.

Sin embargo, no podemos omitir que existe una cierta resistencia de los Estados para cumplir las recomendaciones o las sentencias. “La tradicional noción de soberanía es atacada simultáneamente por nuevas formas de organizaciones supranacionales, por demandas que emergen de entidades no estatales y por el debilitamiento de la regla de no intervención”.<sup>64</sup> Así pues, la justiciabilidad de los derechos humanos fuera del ámbito estatal, es fuente de tensión entre el *deber ser* jurídico y la concepción de soberanía. Y por otro lado, la falta de mecanismos de cumplimiento de sentencias, hace que los “avances” que se tengan en el ámbito jurisprudencial, se derrumben ante el escaso compromiso internacional de algunos Estados, aunque claro, siempre existe el recurso de la coacción política. Lo que sí es un hecho, es

<sup>63</sup> Corte IDH, Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, *cit.*, párr. 124.

<sup>64</sup> Lerner, Nathan “The evolution of minority rights in international law”, en Brillman, Catherine *et al.* (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Netherlands, Kluwer Academic Publisher, 1993, p. 78 (77-101).

que sin un compromiso real de parte de los Estados, sin una voluntad política para que la justicia sea un bien común al que todos tengamos acceso, los derechos humanos permanecerán en el marco del discurso y no de la práctica.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLIER, Irène, “L’Organisation des Nations Unies et les Peuples Autochtones: La périphérie au centre de la mondialisation”, *Revue Socio-anthropologie*, núm. 14, 2004, <http://socio-anthropologie.revues.org/index385.html>.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence y ÚBEDA DE TORRES, Amaya, *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l’homme*, Bruxelles, Bruylant, 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Evolution du droit international au droit de gens. L’accès des individus à la justice Internationale: le regard d’un juge*, París, Pedone, 2008.
- DEJEANT-PONS, Maguelonne, “Les droits de l’homme à l’environnement dans le cadre du Conseil de l’Europe”, en CHAMPEIL-DESPLATS, Veronique *et al.*, *Environnement et renouveau des droits de l’homme. Actes du colloque de Boulogne-sur-Mer 20-21 novembre 2003*, París, La documentation française, 2006.
- DEROCHE, Frédéric, *Les peuples autochtones et leur relation originale à la terre. Un questionnement pour l’ordre mondial*, París, Harmattan, Centre de Recherche et d’Etude en Droit et Science Politique, 2008.
- FÁUNEZ LEDESMA, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 3a. ed. revisada, San José-Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.
- GONZALEZ VOLIO, Lorena, “Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el Caso Yatama contra Nicaragua”, *Revista IIDH*, 2005, vol. 41.
- HENNEBEL, Ludovic, *La Convention américaine des droits de l’homme. Mécanismes de protection et étendue des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2007.
- LERNER, Nathan, “The Evolution of Minority Rights in International Law”, en BRILMAN, Catherine *et al.* (eds.), *Peoples and Minorities in International Law*, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, 1993.
- MALWE, Claire, “La protection du droit de propriété par la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, Bruxelles, núm. 78, 2009.

- MEDINA QUIROGA, Cecilia, *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*, Santiago-Chile, Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos, 2005.
- Organización de Estados Americanos, *Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Civiles y Políticos (Pacto de San José)*. Adoptado el 22 de noviembre de 1969, entrada en vigor 18 de julio de 1978.
- SUDRE, Frédéric, *Droit européen et International des droits de l'homme*, 9a. ed., revisada y aumentada, París, PUF, 2008.
- TIGROUDJA, Hélène, “Chronique de décisions rendues par la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme (2005)”, *Revue Trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, núm. 66, 2006.
- y PANOUSSIS, Ioannis, *La Cour interaméricaine des droits de l'homme. Analyse de la jurisprudence consultative et contentieuse*, Bruxelles, Bruylant-Nemesis, núm. 41, 2003.
- ÚBEDA DE TORRES, Amaya, “Cour interaméricaine des Droits de l'Homme”, *Revue d'actualité juridique, l'Europe des Libertés*, núm. 25, <http://leuropedeslibertes.u-strasbg.fr/IMG/CourIDH.pdf>.

### *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

- Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, 31 de agosto de 2001, serie C, núm. 79, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).
- Comunidad Sawhoyamaya *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf).
- Comunidad Yakye Axa *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costes, 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf).
- Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, fondo, reparaciones y costas, 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).
- Yatama *vs.* Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, 23 de junio de 2005, serie C, núm. 127, [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_127\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf).





# LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL EN LA UNESCO

Florence LÉZÉ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Elementos previos sobre derechos de propiedad intelectual y patrimonio inmaterial*. III. *La recomendación sobre salvaguardia de la cultura tradicional y popular (1989)*. IV. *Los programas durante los años noventa*. V. *La Conferencia de Washington (1999)*. VI. *Las reuniones internacionales*. VII. *La Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial (2003)*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

A partir de la *Convención de la Haya* (1954), la cual constituye el primer texto internacional que reconoce la importancia de la protección de los objetos culturales significativos para el patrimonio cultural de los pueblos, la UNESCO ha establecido instrumentos normativos para la protección y la conservación de los vestigios del “Patrimonio Cultural Material”, así como actividades operativas para la protección de sitios y monumentos. Poco a poco, a partir de los años setenta, se tomó conciencia de que el proceso de mundialización económica y financiera constituía una gran amenaza para las expresiones inmateriales de las culturas, lo cual traía consigo procesos de uniformización cultural basada en el modelo occidental, cuyo objetivo era imponer cada vez más, a través de los medios masivos de comunicación, modelos de consumo, de intercambio o de expresión homogéneos, a nivel planetario. A parte de que se estima que dicho proceso de uniformización es una pérdida para toda la humanidad, también se estima que constituye una amenaza directa

\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

a la paz mundial.<sup>1</sup> Como lo comenta Pérez de Cuellar,<sup>2</sup> para los más pobres, los valores tradicionales muchas veces constituyen el único bien que puedan reivindicar y, porque son portadores de identidad y de continuidad, dan sentido a su existencia. Dicho proceso de uniformización se concretiza a través de acuerdos comerciales internacionales basados en la ideología ultraliberal, cuyo propósito, es cada vez de una mayor apertura y circulación de los bienes, incluso de los bienes culturales, lo que conduce a la supremacía de los bienes más protegidos, política y financieramente hablando, poniendo en riesgo de marginalización las culturas más vulnerables. La “diversidad cultural” constituye la expresión positiva para valorizar y proteger las culturas del mundo frente a esta uniformización.<sup>3</sup>

Ahora bien, ante este proceso de imposición de un modelo único de modernidad durante las décadas de los 60 y 70, comunidades culturales han expresado, ante la UNESCO, el deseo de salvaguardar sus expresiones culturales inmateriales para reafirmar su identidad y, poco a poco, a partir de

<sup>1</sup> Véanse, por ejemplo, los documentos siguientes de la UNESCO: el *Documento de Nara sobre la autenticidad* (1994); las Directrices para el Programa de la UNESCO “Tesoros Humanos Vivos”; las mesas redondas de los ministros de cultura: “La cultura y la creatividad frente a la mundialización” (París, 1999) y “2000-2010: Diversidad cultural y los retos del mercado” (París, 2000), etcétera. No omitimos señalar que algunos autores están en oposición con esta afirmación: Hannerz, Ulf y su concepto de “creolización” (“Notes on the Global Ecumene”, *Public Culture*, vol. 1, núm. 2, 1989, pp. 66-75); Appadurai, Arjun y su concepto de “indigenización” (“Disjuncture and difference in the global cultural economy”, in Featherstone, M. (dir.), *Global Culture, Nationalism, Globalization and Modernity*, Londres, Ed. Sage, 1990, pp. 295-310); Giddens, Antony y su concepto de “pluralidad de elecciones”, que no considera la lógica mercantil como amenaza, sino que alimenta la diversidad de las expresiones identitarias (*Modernity and Self-Identity, Self and Society in the Late Modern Age*, Stanford University Press, 1991) o Tomlinson, John, en la continuidad de las tesis de Giddens (*Globalization and Culture*, Cambridge, Polity Press, 1999).

<sup>2</sup> Pérez de Cuellar, J., *Nuestra Diversidad Creativa*, París, Punto 8, UNESCO, 1996, p. 183.

<sup>3</sup> A partir de los años ochenta, se planteó el problema del Estatuto Jurídico de los Bienes y Servicios Culturales en los Acuerdos Comerciales Internacionales de la OMC: durante las negociaciones del Ciclo de Uruguay (1986-1993), el Acuerdo Multilateral sobre Inversión (AMI, OCDE, 1995-1998), y la Reunión ministerial (OMC, Seattle, 1999) hubo conflictos entre partes por motivos relativos a la preservación de la diversidad cultural. Durante las negociaciones multilaterales sobre los servicios a partir del 2000, algunos países aceptaron la liberalización en este ámbito y otros excluyeron los servicios culturales del campo de aplicación del principio del acceso al mercado. Durante la 32a. sesión de la Conferencia General de la UNESCO (1999) fue establecido que la libre circulación de los bienes y servicios culturales no puede ser sometida a las únicas reglas del mercado internacional y el comercio internacional debe tomar en cuenta la especificidad de aquellos bienes y servicios. Además, las políticas nacionales deben elaborar estrategias, en colaboración con el sector privado, para colocar el país en el mercado mundial, en el respecto de los instrumentos comerciales ya firmados.

la *Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular* (1989) de la UNESCO, se evidenció la necesidad de elaborar un sistema internacional de cooperación, asistencia y educación en dicha materia. La “diversidad cultural”<sup>4</sup> se volvió entonces, para las organizaciones internacionales, una nueva condición para salir del subdesarrollo, junto con los imperativos económicos y técnicos.<sup>5</sup> De este modo, tomando como modelo el *Convenio de 1972 sobre Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural*,<sup>6</sup> así como programas, declaraciones y recomendaciones, la UNESCO elaboró, en 2003, la *Convención sobre Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial*, la cual fue firmada por México en 2005 y entró en vigor en 2006. La categoría de “Patrimonio Inmaterial” fue entonces adoptada oficialmente por el organismo de las Naciones Unidas y las instancias públicas, administrativas y culturales responsables o promotoras.

En resumen, el concepto de “Patrimonio cultural” ha evolucionado a lo largo de los instrumentos en dicha materia. Por ejemplo, en el *Convenio de 1972*, el concepto de patrimonio era centrado en los aspectos materiales de ciertas obras excepcionales y en los sitios naturales. Los bienes culturales materiales europeos eran entonces sobre representados con respecto a los bienes ubicados en otras partes del mundo.<sup>7</sup> Con la *Convención de 2003*, se integra la dimensión inmaterial del patrimonio y los “bienes culturales inmateriales”, entonces, no son simples bienes de consumo, sino que expresan una visión del mundo y la identidad más profunda de los individuos y de los pueblos: son símbolos de identidad como ya lo había enunciado la *Declaración sobre diversidad cultural* de 2001. De este modo, en palabras de Jean-Pierre Sylvestre, el fin del siglo XX está marcado por una “patrimonialización generalizada”, de los monumentos históricos a las especies y a los genes, pasando por las artes y tradiciones populares [...]. Todo se vuelve suscep-

<sup>4</sup> El paralelo entre “biodiversidad” y “diversidad cultural” aparece por primera vez en el *Informe Nuestra Diversidad Creativa*, elaborado por la Comisión Mundial de la Cultura y del Desarrollo.

<sup>5</sup> Véase, por ejemplo, la Conferencia mundial “Mundiacult” (México, 1982).

<sup>6</sup> La *Convención de 1972* tenía como principales objetivos la identificación de ciertos bienes culturales y naturales de interés excepcional y la elaboración de listas, de manera tal que se justificaba su preservación por su autenticidad y por ser patrimonio de la humanidad, así como el establecimiento de los medios jurídicos y financieros para su protección a nivel nacional e internacional.

<sup>7</sup> En lo referente al desequilibrio de las listas del Patrimonio Cultural Material, véase Lévi-Strauss, Laurent, “Impacte de la Convention du Patrimoine Mondial sur les Évolutions Récentes de la Notion de Patrimoine Culturel”, *Rapport Mondial sur la Culture. Diversité culturelle, conflit et pluralisme*, UNESCO, 2000, p. 164.

tible de salvaguardia y preservación.<sup>8</sup> Más recientemente, la *Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales* (2005),<sup>9</sup> trata de la especificidad de los bienes y servicios culturales (lo que comprende las industrias culturales y el conjunto de las expresiones culturales), en las negociaciones comerciales internacionales. En dicha Convención, se reconoce el derecho soberano de los Estados para elaborar políticas culturales, así como la naturaleza específica de los bienes y servicios culturales como vínculos de identidad, valores y sentido. Llama también a reforzar la cooperación y solidaridad internacional, con el propósito de favorecer las expresiones culturales de todos los países.

El objetivo de las organizaciones internacionales que dependen de las Naciones Unidas no es permitir que las comunidades culturales se encierren sobre ellas mismas (existen riesgos de afirmación excesiva de una identidad cuando se pierden los valores universales y la riqueza del diálogo entre las culturas), sino que puedan proteger, disfrutar y beneficiar de sus conocimientos, protegidos jurídicamente ante el robo. Tal ha sido la tarea, por ejemplo, del Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos, Conocimientos Tradicionales y Folclor, creado en 2000 por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Precisamente, en lo que trata del riesgo del encerramiento de las culturas, uno de los principios rectores mencionado en la *Convención 2005* sobre diversidad es la “interculturalidad”, que define como “[...] presencia e interacción equitativa de diversas culturas y la posibilidad de generar expresiones culturales compartidas, adquiridas por medio del diálogo y de una actitud de respeto mutuo”.<sup>10</sup>

El objetivo de la UNESCO de proteger al patrimonio cultural se ubica dentro de un contexto más amplio de objetivos: Después de haber considerado el desarrollo únicamente en términos económicos, técnicos o de modernización, a partir de los años setenta ocurre una crisis de modelo de desarrollo y los organismos internacionales que dependen de las Naciones Unidas han ido integrando, en el concepto de desarrollo, distintos aspectos relacionados con la protección ambiental,<sup>11</sup> la cultura,<sup>12</sup> la educación, la

<sup>8</sup> Sylvestre, Jean-Pierre “Introduction”, *Toutes les pratiques culturelles se valent-elles?*, París, CNRS, 1996.

<sup>9</sup> Ratificada por México en 2006 y en vigor el 18 de marzo de 2007.

<sup>10</sup> *Convención de 2005*, Artículo 4o., punto 8.

<sup>11</sup> Véase Lézé, Florence, “El desarrollo sustentable: un concepto clave del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista Aída*, México, 2012 (en prensa).

<sup>12</sup> Por ejemplo, el artículo 2.5 sobre el principio de complementariedad de los aspectos económicos y culturales del desarrollo, del *Convenio de 2005* dice: “Habida cuenta de que la

participación en los procesos democráticos, etcétera. En resumen, el “progreso” y el “desarrollo” ya no son entonces únicamente económicos, sino que deben también ser sociales, culturales, medioambientales, etcétera. Por lo tanto, las directivas y programas de salvaguardia del “Patrimonio Cultural Inmaterial” fueron concebidos de manera a influenciar las políticas educativas, sociales y económicas. Las políticas culturales deben reconocer el significado universal del patrimonio cultural, alentar su respeto, su valorización, su protección y salvaguardia. La *Declaración Universal sobre Diversidad Cultural* (2001), además de reconocer la diversidad cultural como “patrimonio común de la humanidad”, reconoció la cultura como valor intrínseco para el desarrollo, la cohesión social y la paz; estableció una relación entre “cultura” y “democracia” y puso énfasis en la tolerancia entre las sociedades y dentro de las sociedades, entre minorías y comunidades culturales diversas.

Todos estos objetivos se basan en postulados teóricos más amplios todavía: durante los años noventa, después de haber constatado una crisis de la gobernabilidad, de la democracia (representación, participación, legitimidad...), crisis concebida como consecuencia de la poca eficacia de las formas tradicionales de la acción pública, va a surgir una nueva tendencia política, a nivel local, regional, nacional y mundial, promovida en primeras instancias por el Banco Mundial, luego por las demás instituciones internacionales, regionales y locales, llamada “buena gobernanza”. En resumen, la “buena gobernanza” corresponde a un nuevo modo de gestión de los asuntos públicos, en las que intervienen las organizaciones monetarias internacionales (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional), las instancias de la ONU, las empresas transnacionales, los Estados, las organizaciones no gubernamentales y la sociedad civil, a todos los niveles (local, nacional, regional e internacional), en distintos ámbitos (económico, político, administrativo, social, cultural o medio ambiental, etcétera.),<sup>13</sup> y basado en principios tales como la democracia, la transparencia, la participación y el consenso, el Estado de derecho, la responsabilidad, el respeto de los derechos humanos y de los derechos fundamentales, la equidad,

cultura es uno de los principales motores del desarrollo, los aspectos culturales de éste son tan importantes como sus aspectos económicos, respecto de los cuales los individuos y los pueblos tienen el derecho fundamental de participación y disfrute”.

<sup>13</sup> A partir de las intervenciones sin declaración de guerra (Irak, Yugoslavia), John Brown (2001) añade el aspecto armado de la gobernanza global. La OTAN actúa con motivos “humanitarios”, lo que evidencia una confusión entre la esfera política, militar, económica, humanitaria en la gobernanza. En cambio, Czempiel (1992) dice que la “buena gobernanza” está basada en el desarme y control de los armamentos.

etcétera.<sup>14</sup> La “gobernanza” en el ámbito cultural tiene que ver con la transparencia, la accesibilidad, la participación, el respecto a la identidad, el diálogo intercultural, los derechos culturales, la “diversidad cultural”, así como la gestión del “Patrimonio Cultural Inmaterial”.

El propósito del presente capítulo es dar cuenta de las transformaciones sucesivas y resaltar las distintas etapas de construcción del enfoque inmaterial del patrimonio. De este modo, abordamos temas relativos a: la inadaptación de los derechos de propiedad intelectual con respecto a las exigencias del Patrimonio Inmaterial; la *Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular* de 1989, la cual constituyó el primer instrumento en materia de Patrimonio Inmaterial; los programas de la UNESCO durante los años noventa y las proclamaciones durante la década siguiente; así como las declaraciones y reuniones internacionales de expertos, que condujeron a la elaboración de la *Convención de 2003*. Finalmente, detallamos dicha Convención. No omitimos señalar que la UNESCO entretuvo numerosos intercambios con otras organizaciones como el Consejo Internacional de Monumentos y Sitios (ICOMOS), sobre el tema del Patrimonio Inmaterial.<sup>15</sup> Sin embargo, en la primera parte del presente trabajo, nos limitamos, en la primera parte, a introducir los intercambios y actividades de la UNESCO con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

## II. ELEMENTOS PREVIOS SOBRE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y PATRIMONIO INMATERIAL

En 1979, la UNESCO y la OMPI procedieron a un estudio conjunto sobre los aspectos culturales de la salvaguardia del folclor y la aplicación de la legislación del derecho de autor y de la propiedad intelectual a su protección. Un grupo de trabajo estudió un proyecto de legislación nacional tipo, así como medidas internacionales. La 21a. sesión de la Conferencia General de la UNESCO (1980) pidió la creación de dos comités de expertos gubernamentales: uno encargado de definir medidas para salvaguardar la existencia, el desarrollo y la autenticidad del folclor (UNESCO) y, otro, de

<sup>14</sup> Véase “De la ‘gobernanza empresarial’ a la ‘buena gobernanza’: ¿Un proyecto de gobierno de las sociedades políticas sobre el modelo de gestión de las sociedades comerciales?”, *Memoria impresa del Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 39.

<sup>15</sup> Por ejemplo, la *Carta de Burra* (ICOMOS, 1989) sobre patrimonio australiano formula oficialmente dicha noción en los textos de la organización y la 14a. Asamblea General y simposio científico de la ICOMOS (2003) introduce los valores inmateriales como criterios de selección.

formular propuestas para reglamentar aspectos de la protección sobre propiedad intelectual (UNESCO y OMPI). El trabajo de estos comités desembocó en 1982 en la elaboración de las *Disposiciones Tipo de Legislación Nacional sobre la Protección de las Expresiones del Folclor Contra su Explotación Ilícita y otras Acciones Dañinas*, que tenía la finalidad de asegurar una protección interdisciplinaria, bajo el ángulo de la propiedad intelectual y la salvaguardia. Un Proyecto de tratado UNESCO/OMPI, sobre protección de las expresiones del folclor contra su explotación ilícita y otras acciones dañinas (1984), el cual obligaba a los Estados a proteger el folclor, fue rechazado por ciertos Estados. A partir de 1984, la UNESCO incitó a los Estados a elaborar una legislación nacional para la protección del folclor, con base en las *Disposiciones tipo de 1982*. Sin embargo, una de las objeciones a estas Disposiciones era que sólo trataba de una parte del problema de la salvaguardia del folclor y se basaba en los derechos de propiedad intelectual como instrumento de protección. Una de las dificultades para adaptar derechos de propiedad intelectual a la protección del folclor se debía a las definiciones del objeto de la protección: En las Disposiciones, las “expresiones del folclor” eran definidas como “producciones” (lo que implica su autenticidad), las cuales debían ser reconocidas como tales por la comunidad y este documento no proporcionaba definición del objeto de protección.<sup>16</sup>

A finales de la década de los 90, la OMPI quiso asignar la propiedad intelectual al Patrimonio Inmaterial, particularmente a los “recursos genéticos, conocimientos tradicionales y folclor”. En 1998 y 1999, organizó nueve misiones de consulta ante los detentores de los derechos relacionados a las actividades tradicionales,<sup>17</sup> cuyo objetivo era documentar, evaluar y determinar las necesidades y expectativas en materia de propiedad intelectual de los titulares de conocimientos tradicionales. Los trabajos de la OMPI sirvieron para la elaboración de dos textos elaborados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), con miras a proteger al Patrimonio Inmaterial de los grupos autóctonos: el *Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Autóctonos* y los *Principios y las Directivas para la Protección del Patrimonio de las Poblaciones Autóctonas*.<sup>18</sup> En 2000,

<sup>16</sup> Blake, Janet, “Elaboration d’un nouvel instrument normatif pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Eléments de réflexion”, UNESCO, Edition révisée 2002, CLT-2001/WS/8 Rev.

<sup>17</sup> Véase el *Informe Savoirs traditionnels: Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle. Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels* (1998-1999) (Ginebra, 2001).

<sup>18</sup> Le Scouarnec, François-Pierre, “Quelques enjeux liés au patrimoine culturel immatériel”, *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel. Maison des Cultures du Monde, International de l’imaginaire, Nouvelle série, nom. 17, 2004, p. 27.



la OMPI creó el Comité Intergubernamental sobre Propiedad Intelectual y Recursos Genéticos Tradicionales y Folclor para debatir sobre los temas de la propiedad intelectual sobre los recursos genéticos y la distribución de los beneficios; la protección de los conocimientos tradicionales vinculados o no a esos recursos; y la protección de las expresiones del folclor. Según la OMPI, las razones para adoptar medidas internacionales eran: económicas (estos conocimientos son valiosos para el diseño, el sector farmacéutico, agropecuario e industrias de biotecnologías); de equidad (para que los poseedores de los conocimientos participen en los beneficios económicos generados); culturales (el valor económico garantiza una mejor conservación); medioambientales (son conocimientos y prácticas ecológicamente sostenibles); etcétera. A partir del 2002, el Comité Intergubernamental de la OMPI efectuó estudios sobre el papel del derecho consuetudinario y sus relaciones con el sistema de propiedad intelectual,<sup>19</sup> así como la elaboración de dos series de proyectos de disposiciones relativas a la protección de las expresiones culturales tradicionales o expresiones del folclor y la protección de los saberes tradicionales contra su apropiación ilícita y su utilización abusiva.<sup>20</sup>

Janet Blake<sup>21</sup> habla de la aplicación de los derechos de propiedad intelectual al Patrimonio Inmaterial, particularmente de la protección de las “expresiones del folclor” y explica que, en materia de propiedad intelectual, las reglas son esencialmente individualistas y expresan un sistema de valores que privilegian los derechos de autor y la innovación, extranjero a los sistemas de valores de muchas sociedades autóctonas. Las reglas de los derechos de propiedad están basadas en el imperativo económico de alentar al desarrollo económico. Por lo tanto, los derechos de propiedad intelectual entran en contradicción con las exigencias del Patrimonio Inmaterial, así como las necesidades de los detentores de la tradición y de las comunidades. La autora examina en detalle varios tratados internacionales relativos a distintos aspectos de la protección de la propiedad intelectual, que pueden ser aplicados al Patrimonio Inmaterial y resalta sus limitaciones en cuanto a su alcance y efectos. En resumen, el derecho de autor presenta características inapropiadas para la protección de Patrimonio Inmaterial, por las siguientes razones: 1) Los objetos de la reglamentación del derecho de autor

<sup>19</sup> Véase el documento: WIPO/GRTKF/IC/3/10, *Rapport final sur l'expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expressions du folklore* (2002) y WIPO/GRTKF/IC/3/17.

<sup>20</sup> Véase los documentos: WIPO/GRTKF/IC/16/4 (2010), *La protección de las expresiones culturales tradicionales/Expresiones del folklore. Objetivos y principios revisados*; WIPO/GRTKF/IC/16/5 (2010), *La protección de los conocimientos tradicionales. Revisión de objetivos y principios*; WIPO/GRTKF/IC/16/6 (2010), *Recursos genéticos: Lista de opciones revisada*.

<sup>21</sup> Blake, Janet, *op. cit.*, nota 16.

son las obras artísticas y literarias. Por lo tanto, no conviene a gran parte del Patrimonio Inmaterial (los aspectos de saber, las maneras de hacer, etcétera.); 2) En materia de derecho de autor, hay que demostrar el carácter original de la obra. Como el folclor y la cultura tradicional se transmiten de generación en generación y se constituyen en base a conocimientos y prácticas tradicionales, es difícil demostrar la originalidad de los elementos del Patrimonio Inmaterial; 3) En materia de derecho de autor, hay que demostrar también que la obra es la de un autor individual, identificable. En el marco del Patrimonio Inmaterial, los elementos que lo constituyen tienen generalmente un carácter colectivo; 4) La protección que confiere el derecho de autor dura entre 25 y 70 años después de la muerte del autor, después de lo cual la forma protegida cae en el dominio público. Dado el significado religioso, social y cultural del folclor y de la cultura tradicional, la protección debe estar concedida a perpetuidad; 5) Los derechos conferidos por la legislación sobre el derecho de autor son concedidos a un autor identificado. Las poblaciones autóctonas y tribales sólo conciben la propiedad del grupo o de la comunidad sobre las formas artísticas y las prácticas culturales tradicionales; 6) Muchas veces, el derecho consuetudinario no comporta ningún derecho de propiedad equivalente al concepto jurídico “occidental” de propiedad, sobre el cual se basa la reglamentación del derecho de autor: por ejemplo, está regida por un sistema complejo de obligaciones, conforme a reglas tradicionales estrictas. La expresión cultural no es un bien o una propiedad, sino que representa los valores de una comunidad; 7) Para alentar la creatividad, la excepción de “uso leal” autoriza que una obra de arte sirva de inspiración para la creación de una obra nueva, sin tener que pedir una autorización. Esta excepción va en contra de los intereses de las comunidades. Ciertos aspectos de la legislación sobre el derecho de autor, así como otras reglas relativas a la propiedad intelectual ofrecen una protección limitada para diversos elementos del Patrimonio Inmaterial, sin embargo la protección es desigual y no constituye un sistema global necesario para servir de base a un nuevo instrumento internacional; 8) Los derechos morales son derechos no patrimoniales que figuran en la legislación relativa al derecho de autor y que comprenden el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y oponerse a modificaciones de esta, son estipulados en la *Convención de Berna* y en *Disposiciones tipo de 1982*. Se tratan particularmente del derecho de preservar la integridad de la obra, retirarla o divulgarla, y del derecho de ser reconocido como autor de la obra, y eso parece corresponder a las formas tradicionales de concebir las cosas. Los derechos de propiedad industrial también pueden ofrecer una protección limitada a ciertos aspectos del Patrimonio Inmaterial; 9) Las marcas de fábrica pueden asegurar una

atribución correcta, la prevención de distorsiones y una remuneración, y no tienen una duración limitada. Sin embargo, sólo son aplicables para la explotación comercial del Patrimonio Inmaterial y no conciernen al problema de la comercialización, sin la autorización de la comunidad cultural. Esta legislación es útil cuando existen riesgos de confusión en los consumidores en cuanto al origen de los bienes y servicios o cuando los bienes son objeto de atribución falsa. No puede resolver el caso de la distorsión importante de una expresión cultural; 10) Los símbolos y motivos artísticos tradicionales, así como los nombres de clanes y tribus podrían beneficiar de la protección de los dibujos y modelos industriales. Sin embargo, su duración sólo es de 15 años; 11) Las apelaciones de origen pueden atestar la autenticidad de un producto y podrían ser empleadas para proteger los productos típicos de ciertas comunidades culturales autóctonas u otras; 12) Las patentes son entregados sólo si se puede demostrar la “novedad” y la “actividad inventiva”, lo que resulta imposible cuando se trata de un saber transmitido de generación a otra; 13) Los secretos de fabricación sólo pueden ser protegidos si se prestan a una comercialización. No pueden proteger los conocimientos y la información que la comunidad no quiere divulgar, por motivos espirituales o culturales.

### III. LA RECOMENDACIÓN SOBRE SALVAGUARDIA DE LA CULTURA TRADICIONAL Y POPULAR (1989)

Antes de hablar de la *Recomendación de 1989*, algunos antecedentes a la protección del Patrimonio Inmaterial pueden ser mencionados: En 1971, funcionarios de la UNESCO estudiaron la posibilidad de crear un instrumento internacional para la protección del folclor.<sup>22</sup> Este documento no formula recomendaciones específicas, pero subraya que la situación del folclor se está deteriorando, por lo tanto requiere medidas urgentes de protección. Durante la adopción de la *Convención sobre Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural* (1972), algunos Estados miembros subrayan la necesidad de salvaguardar la dimensión no material del patrimonio y, un año después, Bolivia propone añadir un Protocolo a la *Convención Universal sobre el Derecho de Autor*, con el objetivo de proteger al folclor.<sup>23</sup> En 1977, el Comité de expertos en Túnez menciona que un mecanismo de protección del folclor

<sup>22</sup> Documento UNESCO B/EC/IX/11-IGC/XR.1/15, Citado por Valdimar, Hafstein “Sauvegarde du patrimoine immatériel et gouvernance communautaire”, *60 ans d'histoire de l'UNESCO. Actes du colloque international*, París, 16-18 novembre 2003, UNESCO, 2007, p. 339.

<sup>23</sup> Hafstein Valdimar subraya que esta propuesta fue elaborada durante el periodo de la dictadura de Hugo Banzer, para ocultar su política de opresión de los pueblos indígenas (Operación Cóndor). Referencia de la carta enviada por Bolivia: *République de Bolivie, Minis-*

requiere “no sólo el aprofundimiento de la noción misma de folclor, sino también reglas relativas a la identificación de los elementos constitutivos de cada una de las categorías de expresión que relevan de dicho patrimonio cultural, su conservación, su preservación y su protección contra su explotación abusiva”.<sup>24</sup> La Conferencia Mundial sobre Políticas Culturales (MONDIACULT, México, 1982) constituye otro antecedente importante, ya que amplió la noción de patrimonio al conjunto de la tradición cultural y utilizó, por primera vez, el término de “Patrimonio Inmaterial”. Aquel mismo año, la UNESCO creó un Comité de Expertos sobre Salvaguardia del Folclor, con una sección dedicada al patrimonio no material que, en 1985, pidió la elaboración de un estudio interdisciplinario relativo a un nuevo instrumento para la salvaguardia del folclor. Se pensaba entonces en un instrumento no obligatorio, con principios generales para guiar a los Estados miembros en la adopción de medidas legislativas o administrativas. Los principios generales de dicho instrumento serían enfocados en cuestiones de definición, identificación, conservación, preservación y utilización del folclor. En 1987, finalmente, la Conferencia General de la UNESCO adopta una resolución que pide la elaboración de una Recomendación, con miras a proteger el folclor.<sup>25</sup>

La *Recomendación de 1989*,<sup>26</sup> primer instrumento jurídico internacional relativo a la protección de la cultura tradicional y popular, incita a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas o administrativas, así como establecer inventarios de dicho patrimonio. Este instrumento trata principalmente de los productos culturales más que de los procesos, así como de los papeles de los creadores y de los practicantes. Considera que la cultura tradicional y popular forma parte del Patrimonio Universal de la Humanidad. La cultura tradicional y popular está definida como un conjunto de creaciones de una comunidad cultural, fundadas en la tradición, que responden a las expectativas de la comunidad y es expresión de su identidad cultural<sup>27</sup> y social. Las

*tère des affaires étrangères et des cultures, Lettre au Directeur général de l'UNESCO*, 24 avril 1973 (ref.: D.G.O.I.1006-79).

<sup>24</sup> UNESCO/PRS/CLT/II/\*, París 1984.

<sup>25</sup> Kono, Toshiyuki, “L'UNESCO et le patrimoine culturel immatériel du point de vue du développement durable”, *L'action normative à l'UNESCO*, Vol. 1. Elaboration de règles internationales sur l'éducation, la science et la culture, Abdulquawi A. Yusuf (dir.), Leiden-Boston, UNESCO-Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 250.

<sup>26</sup> Adoptada por la Conferencia General en su 25a. sesión, París, el 15 de noviembre de 1989.

<sup>27</sup> Aubert, Laurent explica que el término de “identidad cultural” es muy ambiguo. Designa el producto de un continuo va-y-viene entre dos polos: la resistencia, de naturaleza étnica (lo que nos diferencia de los demás) y la adaptación, de orden pragmático, que concierne a la

normas y los valores se transmiten oralmente, por imitación u otras maneras. Comprenden, entre otros elementos, la lengua, la literatura, la música, la danza, los juegos, la mitología, los ritos, las costumbres, la artesanía, la arquitectura y otras artes. Según dicho instrumento, la cultura tiene “una importancia social, económica, cultural y política” y “un papel en la historia de los pueblos”. Se reconoce la fragilidad de ciertas culturas tradicionales y populares, particularmente de las tradiciones orales, y se reconoce el peligro de que se pierdan estos aspectos. Por lo tanto, la Conferencia General recomienda a los Estados miembros que apliquen las disposiciones relativas a la salvaguardia de la cultura tradicional y popular, adoptando medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias. De este modo, los Estados deben alentar investigaciones con el fin de: a) “Preparar un inventario nacional de instituciones interesadas en la cultura tradicional y popular, con miras a incluirlas en los registros regionales y mundiales”; b) Crear sistemas de identificación y registro o mejorar los ya existentes, por medio de manuales, guías para la recopilación, catálogos, etc. para coordinar los sistemas de clasificación utilizados por instituciones; c) “Estimular la creación de una tipología normalizada (...) mediante la elaboración de un esquema general de clasificación”.

En dicho instrumento, la conservación se refiere a la documentación relativa a las tradiciones, cuyo objetivo consiste en que “los investigadores y los portadores de la tradición puedan disponer de datos que les permitan comprender el proceso de modificación de la tradición”. Se explica que, por su carácter evolutivo, la cultura tradicional y popular no siempre permite una protección directa. Para tal efecto, los Estados miembros deben: a) Establecer servicios nacionales de archivos de recopilación; b) Establecer un archivo nacional central para la difusión; c) Crear museos o secciones de exposición de cultura tradicional y popular en los museos; etcétera. Las medidas que tomar por los Estados miembros para garantizar el estado y el apoyo económico de las tradiciones, dentro y fuera de las colectividades, constituyen en: a) Elaborar e introducir en todos los programas de estudio la enseñanza de la cultura tradicional y popular, destacando el respecto a ella y tener en cuenta no sólo las culturas rurales, sino también aquellas creadas en las zonas urbanas por grupos sociales, profesionales, institucionales, etcétera; con la finalidad de fomentar un mejor entendimiento de la diversidad cultural y las diferentes visiones del mundo; b) Garantizar el derecho de acceso a las comunidades culturales a su propia cultura, apoyando

relación al mundo (“Question de mémoire: Les nouvelles voies de la tradition”, *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel. Maison des Cultures du Monde, International de l’imaginaire, Nouvelle série, nom. 17, 2004, p. 113 et 114).

su labor en las esferas de la documentación, los archivos, la práctica de las tradiciones, etcétera; c) Establecer un consejo nacional, interdisciplinario u otro organismo coordinador con representación de los grupos interesados; d) Presentar apoyo moral y financiero a los individuos e instituciones que estudian, dan a conocer, fomentan o poseen elementos de la cultura tradiciones y popular; e) Fomentar la investigación científica relativa a la salvaguardia de la cultura. Según este instrumento, la conciencia del valor de dicho patrimonio, de su protección y de su conservación pasa por una amplia difusión de los elementos que lo constituyen, cuidando de no deformarlo “a fin de salvaguardar la integridad de las tradiciones”. Por lo tanto, los Estados miembros deben: a) Fomentar la organización de eventos nacionales, regionales e internacionales y apoyar la difusión y publicación de sus materiales, documentos y otros resultados; b) Estimular su mayor difusión en los medios de comunicación de masas nacionales y regionales, por ejemplo, por medio de subvenciones, creación de empleos, archivar los materiales y creación de departamentos de cultura tradicional y popular; f) Facilitar la celebración de reuniones e intercambios entre particulares, grupos e instituciones, a nivel nacional e internacional, teniendo en cuenta los acuerdos culturales bilaterales; g) Alentar a la comunidad científica internacional a adoptar un código de ética en lo “relativo a los contactos con las culturas tradicionales y el respeto que les es debido”.

Otro elemento importante mencionado por la *Recomendación de 1989* es la necesidad de intensificar la cooperación y los intercambios culturales, por medio de programas de desarrollo de la cultura tradiciones y popular para su reactivación. Para este efecto, conviene que los Estados miembros: a) Cooperen con las asociaciones, instituciones, organizaciones internacionales y regionales; b) Cooperen en las esferas del conocimiento, la difusión y la protección, en especial mediante el intercambio de informaciones y de publicaciones científicas y técnicas, la formación de especialistas, becas de viaje, envío de personal científico y técnico, así como de material, proyectos bilaterales o multilaterales en la esfera de la documentación, finalmente, la organización de reuniones de especialistas, estudios, grupos de trabajo en especial sobre la clasificación y catalogación de datos y expresiones de dicha cultura y la actualización de los métodos y técnicas de investigación moderna; etcétera.

#### IV. LOS PROGRAMAS DURANTE LOS AÑOS NOVENTA

Durante la década de los noventa, la valorización y salvaguardia del Patrimonio Inmaterial se hizo a través de distintos programas de la UNESCO, tales como el *Programa para la Salvaguardia de las Lenguas en Peligro* (1993), el

*Programa de los Tesoros Humanos Vivos* (1994), así como el *Programa de Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad* (1997),<sup>28</sup> programa que dio lugar a las Proclamaciones de 2001, 2003 y 2005, las cuales concluyeron con la entrada en vigor el 20 de abril del 2006 de la *Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial*. En seguida, presentamos los rasgos generales de estos programas.

El *Programa para la Salvaguardia de las Lenguas en Peligro* (1993) tuvo el objetivo de contribuir a la promoción y la protección de la diversidad lingüística a través el mundo y formó parte de una acción más amplia de la UNESCO para promover la diversidad lingüística como parte de la diversidad cultural mundial. A partir de este programa, la Sección Cultura de la UNESCO persiguió cuatro ejes de acción: 1) La sensibilización y la comunicación, por ejemplo, a través de la publicación del *Atlas de las lenguas en peligro de desaparecer* (1996, 2001 y 2009)<sup>29</sup> y la cooperación con *Discovery Communications* para la producción de cortometrajes relativos a las lenguas amenazadas; 2) El reforzamiento de las capacidades locales y la promoción de las políticas lingüísticas. De este modo, durante los años noventa, se organizaron varios foros tales como la Conferencia Intergubernamental sobre Políticas Lingüísticas en África (1997) y se establecieron proyectos tales como el proyecto “Investigaciones documentales y preservación de las lenguas en África Sub-sahariana: establecimiento y promoción de la cooperación y de las capacidades locales” (2004); 3) Movilizar la cooperación internacional (colecta de fondos, establecimiento de redes con organizaciones diversas); y 4) La UNESCO se constituyó en un centro de recursos, por ejemplo, a través el proyecto *Libro Rojo de la UNESCO de las Lenguas en Peligro de Desaparición* (1993), creado para juntar informaciones, bajo la forma de listas relativas a las lenguas amenazadas de desaparición y favorecer la investigación, los estudios, la creación de un Centro de Recursos Internacional, así como un Banco de datos para las lenguas en peligro de desaparecer (Universidad de Tokio, 1995).<sup>30</sup> Luego, el Libro Rojo fue reemplazado por el Atlas.

<sup>28</sup> Véase el concepto de “patrimonio oral de la humanidad” (Reunión UNESCO, Marrakech, 1997).

<sup>29</sup> El último *Atlas*, publicado en febrero del 2009, es una versión electrónica que propone datos actualizados relativos a 2500 lenguas en peligro en el mundo. El fenómeno de desaparición se produce en todas las regiones, así como en condiciones económicas variables: Brasil; Indonesia y México; que constituyen países de gran diversidad lingüística son aquellos que cuentan con más lenguas en peligro. En Francia metropolitana, 26 lenguas están en peligro, 13 seriamente en peligro, 8 en peligro y 5 en situación vulnerable (Véase UNESCO-PRESSE, Fuente comunicado de prensa núm. 2009-15, 20-02-2009).

<sup>30</sup> Véase página UNESCO, Culture. Stratégie de l'UNESCO pour sauvegarder les langues en péril.



El Programa de los Tesoros Humanos Vivos (1994)<sup>31</sup> fue creado con base en el modelo de los “Tesoros Nacionales Vivos” en Japón (1950).<sup>32</sup> Anteriormente a este programa de la UNESCO, distintas naciones habían adoptado proyectos de preservación y transmisión de bienes culturales intangibles, con la finalidad de honrar a sus artistas y preservar las artes con valor patrimonial o testimonial.<sup>33</sup> En 1993, la República de Corea propone al Consejo Ejecutivo de la UNESCO la creación del Programa “Tesoros Humanos Vivos”. Si el sistema de lista nacional constituía un éxito, la UNESCO pensaba crear, en un segundo tiempo, una lista mundial.<sup>34</sup> En el segundo punto del documento de la UNESCO intitulado *Directrices para la creación de sistemas nacionales de “Tesoros Humanos Vivos”*, los Tesoros Humanos Vivos son definidos como “personas o grupos que poseen, a muy alto nivel, los conocimientos y el saber-hacer necesarios para mantener, crear o producir elementos específicos del Patrimonio Inmaterial. Son escogidos por sus comunidades y sus Estados como testimonios de sus tradiciones culturales vivas y del genio creador de comunidades y grupos presentes sobre su territorio”. El primer propósito de estos sistemas nacionales es “preservar los conocimientos y las técnicas necesarios para la representación, ejecución o recreación de elementos del Patrimonio Inmaterial de gran valor histórico, artístico o cultural”. Además, el documento alienta a adoptar medidas, por ejemplo, en forma de ayudas o subvenciones especiales para que los Tesoros Humanos Vivos “puedan asumir sus responsabilidades en la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial que les corresponda” y lograr la perpetuación y el perfeccionamiento de los conocimientos y técnicas; transmitirlos a las nuevas generaciones mediante programas de formación formal o informal; contribuir a la producción de documentos y archivos del Patrimonio Inmaterial; difundir los conocimientos y técnicas o cualquier otra misión. En el marco del sistema, a parte del reconocimiento público se adoptan medidas que tratan, sobre todo, de lograr la perpetuación y el perfeccionamiento de los conocimientos y técnicas, la transmisión a las jóvenes generaciones, mediante programas de formación, la contribución a la producción de documentos y archivos, la difusión, cualquier misión que pudiera serles enco-

<sup>31</sup> Véase documentos UNESCO: 142 EX/18 y 142 EX/48.

<sup>32</sup> Sobre este tema, véase Hisanori Isomura, “Le Japon et le patrimoine immatériel”, *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel. Maison des Cultures du Monde, International de l’imaginaire, Nouvelle série, nom. 17, 2004, p. 42.

<sup>33</sup> Corea (Tesoro Nacional Vivo, 1962); Filipinas con los “Artistas Nacionales” (1973); Tailandia (1985); Rumania (1990); Francia con los Maestros Artistas (1994).

<sup>34</sup> Conseil exécutif de l’UNESCO, 142a. sesión, 142 EX/Décisions, París 10 dec. 1993. Création à l’UNESCO d’un dispositif concernant les “biens culturels vivants” (trésors humains vivants) (142 EX/18 et 142 EX/48), pp. 20 et 21.



mendada. Se insiste en la importancia de la participación activa y de la consulta a las comunidades, los grupos y los individuos, para poner en marcha el sistema, en sus etapas de identificación y de selección de los ámbitos del Patrimonio Inmaterial, así como de sus depositarios, formación, promoción y otras medidas de salvaguardia.

En 1997, la consulta internacional de expertos que la UNESCO organizó en Marrakech sobre la preservación de los espacios culturales populares concluyó con la aprobación de una serie de recomendaciones relativas al reconocimiento y a la salvaguardia de las distintas formas de expresión cultural popular y tradicional. Durante los debates, surgió la noción de “Patrimonio Oral de la Humanidad”, con las siguientes características: el Patrimonio Oral es tan importante como el Patrimonio Material, porque es depositario de la memoria de la humanidad. Está compuesto por expresiones culturales populares que se realizan y transmiten oralmente; es frágil y puede desaparecer; es un fenómeno vivo en constante evolución; se manifiesta tanto en los lugares públicos o privados, como en los entornos urbanos o rurales. En lo que atañe a la salvaguardia, se subraya que hay que estudiar el modo tradicional de aprendizaje y de transmisión de las competencias prácticas, respetar las estructuras sociales tradicionales y adoptar medidas para proteger a las expresiones culturales orales contra la presión comercial. La iniciativa de salvaguardia debe proceder de la comunidad interesada o al menos, que ésta participe activamente en ella. Los expertos de la Consulta de 1997 hablaron también de la necesidad de crear una distinción internacional que la UNESCO otorgaría: el título de “Símbolo del Patrimonio Oral de la Humanidad” a ciertas expresiones culturales que poseen un valor universal. Tras esta Consulta, la Conferencia General aprobó un proyecto de resolución y el director general propuso el establecimiento de un mecanismo para proclamar, cada dos años, espacios culturales o formas de expresión cultural de transmisión oral y de valor universal, las cuales abarcan creaciones consideradas como expresión de la identidad cultural y social de una comunidad (lengua, literatura, música, danza, juegos, mitología, ritos, costumbres, artesanía, arquitectura y artes tradicionales). Estos espacios culturales o formas de expresión deben “representar ejemplos excepcionales de libertad y diversidad de expresión cultural, buena convivencia, tolerancia y entendimiento cultural, salvaguardia de la memoria colectiva, educación de los jóvenes, transmisión oral de valores universales, intercambios entre las generaciones e integración urbana”.<sup>35</sup> El *Programa Obras Maestras del Pa-*

<sup>35</sup> UNESCO, Consejo Ejecutivo, “Propuesta del director general acerca de los criterios de selección de los espacios o de las formas de expresión cultural popular y tradicional

*Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad* (1997)<sup>36</sup> nació de dicha consulta. En el documento que presenta el Programa,<sup>37</sup> se explica que está destinado a elegir “espacios culturales” y formas tradicionales o folklóricas de expresiones culturales para que sean proclamados “Obras Maestras”. El Programa permitió atraer la atención sobre los ejemplos más notables del patrimonio vivo, con el objetivo de compartirlos, celebrarlos y salvaguardarlos, además de sensibilizar la comunidad internacional sobre el valor y la diversidad de las expresiones culturales y la necesidad de asegurar su transmisión. Este programa fue presentado como iniciativa a corto plazo para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial. Según su *Reglamento* aprobado en 1998,<sup>38</sup> los principales objetivos eran a) Sensibilizar al público a la importancia del patrimonio oral e inmaterial y la necesidad de salvaguardarlo; b) Censar el patrimonio oral e inmaterial de la humanidad por medio de una lista; c) Incitar a los países a establecer inventarios nacionales y tomar medidas jurídicas y administrativas para proteger a su patrimonio oral e inmaterial; finalmente, d) Promover la participación de los artistas tradicionales y de los prácticos locales a la identificación y la revitalización de su Patrimonio Inmaterial. El Programa distinguía dos categorías de Patrimonio Inmaterial: las formas de expresiones populares o tradicionales y los espacios culturales definidos como lugares donde se concentran actividades populares y tradicionales. El *Reglamento* selecciona las obras maestras con base en seis criterios, que los expedientes de candidatura deben demostrar: 1) Tener un valor excepcional como obras de arte del genio creador humano; 2) Ser enraizadas en la tradición cultural o la historia cultural de la comunidad en cuestión; 3) Jugar un papel como medio de afirmación de la identidad cultural de la comunidad en cuestión; 4) Distinguirse por su excelencia del saber-hacer y las cualidades técnicas; 5) Constituir un testimonio único de una tradición cultural viviente y; 6) Estar amenazadas de desaparecer por falta de medios de salvaguardia o procesos de transformación acelerados. Además de estos criterios, las candidaturas sometidas cada dos años debían comprender un plan de acción para la salvaguardia y la promoción de la expresión cultural o del espacio cultural propuesto. Este programa sobre obras maestras prevé también una ayuda financiera a los Estados miembros en desarrollo, para

merecedores de que la UNESCO los proclame *Obras Maestras del Patrimonio Oral de la Humanidad*, 154 EX/13, París, 1998, p. 3. (Véase *Corrigendum* título: 154 EX/13 Corr.).

<sup>36</sup> Adoptado por la 29a. sesión de la Conferencia General de la UNESCO en noviembre 1997.

<sup>37</sup> UNESCO Doc. 155 EX/15, París, 25 de agosto de 1998.

<sup>38</sup> *Reglamento para la Proclamación por la UNESCO de los símbolos del patrimonio oral de la humanidad* (154 EX/13, Anexo III).

la elaboración de sus expedientes de candidatura. Esta ayuda puede ser utilizada para el trabajo de campo, la investigación, el inventario, el censo, los seminarios y talleres con las comunidades y las instituciones, la realización de una documentación audiovisual. Las comunidades deben jugar un papel directo en la elaboración de los planos de acción. Los Estados miembros se comprometen a revitalizar, salvaguardar y promover la obra maestra asegurando el establecimiento de los planes de acción presentados (identificación, inventarios, investigación, documentación, transmisión de los conocimientos y saber-hacer, sensibilización del público, medidas jurídicas de protección, creación de estudios especializados), para los cuales el Programa prevé la ayuda financiera.

Con base al programa sobre obras maestras siguieron tres proclamaciones en 2001, 2003 y 2005, las cuales concluyeron con la entrada en vigor el 20 de abril del 2006 de la *Convención de 2003* y la integración de las obras maestras en un nuevo sistema de inscripción y promoción constituido por la lista del Patrimonio Inmaterial. A diferencia de la *Recomendación de 1989* y la *Convención de 1972 sobre patrimonio cultural material y natural*, el Programa de Proclamaciones de 2001 atribuye un lugar central a los individuos, las comunidades y los grupos detentores de las tradiciones, aspecto que fue retomado por la *Convención de 2003*. Dicho programa reconoce la importancia del Patrimonio Inmaterial para la identidad y el bienestar de las comunidades y estipula que sólo pueden ser aceptadas las candidaturas sometidas con el acuerdo de las comunidades y tomando en cuenta los beneficios que éstas pueden sacar de ello. La Segunda Proclamación de 2003 distingue formas de expresión populares y tradicionales, tales como las expresiones y las tradiciones orales, la música y la danza, los rituales y la mitología, los conocimientos y las prácticas relativas a la naturaleza y al universo, el saber-hacer tradicional y los espacios culturales y, la tercera Proclamación (2005) añade nuevas obras maestras a la lista, tales como carnavales, formas clásicas de teatro, canto polifónico, espacios culturales, considerados amenazados por las migraciones, los medios de comunicación de masa, la falta de medios financieros, las políticas de uniformización, etcétera, definidos como factores que cortan las jóvenes generaciones de su Patrimonio Inmaterial.<sup>39</sup>

<sup>39</sup> Véase el documento de la UNESCO, “Chefs-d’œuvres du patrimoine oral et immatériel de l’humanité. Proclamations 2001, 2003 et 2005” (CLT/CH/ITH/PROC/BR3), 107 páginas.

## V. LA CONFERENCIA DE WASHINGTON (1999)

Entre 1995 y 1999, la UNESCO organizó seminarios regionales<sup>40</sup> relativos a la evaluación de la aplicación de la *Recomendación de 1989*, los cuales desembocaron, en junio de 1999, sobre la Conferencia de Washington, intitulada “Evaluación Mundial de la Recomendación de 1989 sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular: Plena Participación y Cooperación Internacional”, organizada por la UNESCO y el *Smithsonian Center for Folklife and Cultural Heritage*.<sup>41</sup>

Durante esta Conferencia, se mencionaron las debilidades de la Recomendación de 1989 en materia de terminología, definición, campo de acción y acercamientos generales de la salvaguardia. Por ejemplo, el empleo del término de “folclor”, utilizado en la *Recomendación de 1989*, fue considerado impropio para calificar todos los elementos del patrimonio cultural, que debían ser salvaguardados. Este término, aplicado a muchas culturas autóctonas, no es aceptable ya que las normas sagradas asociadas a un modo de vida tradicional determinan los valores jurídicos, morales y culturales de estas sociedades. Para estas culturas, constituyen una identidad cultural y no un “folclor”.<sup>42</sup> En resumen, los objetivos de la Conferencia de Washington fueron: evaluar la situación actual de la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; analizar las relaciones entre dicho patrimonio y el patrimonio natural y material; estudiar la protección jurídica del Patrimonio Inmaterial local y nacional; recomendar medidas locales, nacionales e internacionales, en lo que concierne a la transmisión, revitalización y documentación del patrimonio en cuestión; finalmente, fomentar la cooperación internacional a través de proyectos. El informe final de la Conferencia<sup>43</sup> presenta un análisis de la *Recomendación de 1989* y propone correcciones. También señala que

<sup>40</sup> Dentro de ellos, el Seminario de México (1997) para América Latina y el Caribe concluyó que era importante: usar los procesos democráticos de la región para combinar la protección de la cultura tradicional y popular, con la coexistencia pacífica de las poblaciones; alentar la participación comunitaria en los programas mediante procesos de descentralización regional, municipal y provincial; y reconocer el hecho de que los creadores, portadores y transmisores de estas culturas, así como los especialistas en diversas disciplinas relativas a ellas, todos son esenciales para el éxito.

<sup>41</sup> El *Smithsonian Center for Folklife and Cultural Heritage* es una institución dedicada a la investigación, la conservación y la continuidad del conocimiento tradicional y artístico de diversas comunidades norteamericanas y de otras partes del mundo. Presenta festivales, exhibiciones, documentales, publicaciones y material educativo, entre otras cosas.

<sup>42</sup> Véase Tora, S., “A Pacific Perspective”, Comunicación presentada en la Conferencia de Washington, citado por Blake, Janet, *op. cit.*

<sup>43</sup> <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00111-ES.pdf>.

dicha Recomendación confiere un lugar demasiado importante a las instituciones de la documentación y archivo para proteger más a los productos que a los productores de la cultura tradicional y del folclor.<sup>44</sup> Por lo tanto, se debe hacer un balance entre la necesidad de documentar y la necesidad de proteger las prácticas de la creación. La protección necesita enfocarse en las comunidades. Dentro de las recomendaciones emitidas, contenidas en el *Plan de Acción*,<sup>45</sup> se plantea: la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales para impulsar la protección del Patrimonio Inmaterial; la aplicación de medidas orientadas a los profesionistas, con la participación activa de las comunidades locales; la creación de una red internacional e interdisciplinaria de expertos para ayudar a los Estados miembros a elaborar programas.

## VI. LAS REUNIONES INTERNACIONALES

A partir de 1999, la UNESCO reúne a los secretarios de cultura<sup>46</sup> y organiza reuniones internacionales de expertos. En seguida hablamos de las reuniones de expertos de Turín (2001), Río de Janeiro (2002), París (marzo y junio 2002), así como de la Tercera Mesa Redonda de Estambul (2002).

En marzo 2001, la Mesa Redonda Internacional de Expertos organizada en Turín, sobre el tema “El Patrimonio Inmaterial: definiciones operacionales” tuvo el objetivo de elaborar una definición operacional del término de “Patrimonio Inmaterial”; analizar la terminología y estudiar la oportunidad de reglamentar la protección de la cultura tradicional y popular, por medio de un nuevo instrumento normativo internacional. Con esta finalidad, la UNESCO había investigado ante las Comisiones Nacionales de los Estados miembros, las organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, sobre las terminologías que usaban, así como las legislaciones nacionales que existían en este ámbito.<sup>47</sup> A partir de estas definiciones, la mesa de Turín elabora la definición siguiente del Patrimonio Inmaterial: son “los procesos adquiridos por los pueblos; los saberes; las competencias y la creatividad de las cuales son herederos y desarrollan; los productos que

<sup>44</sup> *Informe final*, Agenda 5, punto 12, p. 14.

<sup>45</sup> <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00112-ES.pdf>.

<sup>46</sup> La primera mesa redonda “La cultura y la creatividad frente a la mundialización” (París, 1999), la segunda mesa redonda “2000-201: diversidad cultural, los retos del mercado” (París, 2000) y la tercera mesa redonda “El Patrimonio Inmaterial, memoria de la diversidad cultural” (Estambul, septiembre 2002).

<sup>47</sup> Véase el documento “Definitions for ‘intangible cultural heritage’ Member States (Replies to questionnaires sent to National Commissions in February and August 2000)”: <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00078-EN.pdf>.

crean; los recursos, espacios y otras dimensiones del marco social y natural necesarias a su durabilidad; procesos que inspiran a las comunidades vivientes un sentimiento de continuidad con respecto a las generaciones pasadas y que revisten una importancia crucial para la identidad cultural, así como la salvaguardia de la diversidad cultural y de la creatividad humana”. Por otra parte, durante esta reunión se recomienda a la UNESCO de preparar un nuevo instrumento normativo internacional, precisando ciertos objetivos tales como: conservar las creaciones humanas amenazadas de desaparición; ofrecerles un reconocimiento mundial; reforzar la identidad; permitir una cooperación social en el seno de los grupos y entre ellos; garantizar una continuidad histórica; promover la diversidad creadora de la humanidad y, finalmente, favorecer el acceso a los frutos de la creatividad.<sup>48</sup>

En enero del 2002, durante la reunión de Río de Janeiro sobre el tema “el Patrimonio Inmaterial, ámbitos prioritarios para una convención internacional” se estima que una política de salvaguardia y promoción del Patrimonio Inmaterial a escala internacional debe integrar criterios de evaluación internos (valor de dicho patrimonio para la identidad de un grupo social) y externos (por ejemplo el respecto de los derechos humanos universalmente reconocidos, o la aptitud para estimular el diálogo intercultural).<sup>49</sup> En su discurso de apertura de la reunión, Koïchiro Matsuura dice que el hecho de dar al Patrimonio Inmaterial un marco jurídico, es encontrar un conjunto de principios universalmente aceptables para aprehender situaciones y datos movedizos. El objetivo no es imponer una conservación fija de estas formas diversas, sino más bien dar sentido, forma y significado a lo que podría relevar de un deber colectivo de identificación, reconocimiento y valorización de dicho patrimonio.<sup>50</sup> En el *Informe final* se mencionan ámbitos prioritarios tales como establecer un registro de expresiones culturales a nivel nacional; establecer una lista indicativa con la implicación de las comunidades y sostener todos los medios de expresión y de acción, sin jerarquía.<sup>51</sup>

Aquel mismo año, se organizó la reunión de expertos sobre el *anteproyecto de Convención Internacional para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial* (París,

<sup>48</sup> UNESCO, Rapport final, Table ronde Internationale: Patrimoine culturel immatériel – définitions opérationnelles, Turin, 14 – 17 mars 2001: <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00077-FR.pdf>. Véase también, el discurso de M. Koïchiro Matsuura (DG/2001/33).

<sup>49</sup> Réunion internationale d’experts, Patrimoine culturel immatériel: domaines prioritaires pour une convention internationale, Rio de Janeiro, Brésil, 22-24 janvier 2002, recommandations Doc: 164 EX/19 Annexe.

<sup>50</sup> Discours de Matsuura, Koïchiro, à l’occasion de la réunion internationale sur “le patrimoine culturel immatériel: le rôle de l’UNESCO et les domaines d’action prioritaires”, Río de Janeiro, 22 janvier 2002. Doc: DG/2002/03: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001248/124868f.pdf>.

<sup>51</sup> *Informe final*, pp. 12-13: <http://www.unesco.org/culture/ich/doc/src/00074-EN.pdf>.

marzo del 2002). En su discurso, Koïchiro Matsuura menciona que el nuevo instrumento internacional debe inspirarse de la *Convención de 1972*. La UNESCO abordará el tema del Patrimonio Inmaterial del punto de vista cultural, con base en los principios siguientes: 1) La definición del Patrimonio Inmaterial propuesta durante la mesa redonda internacional de Turín; 2) Pertenece a cada Estado determinar los ámbitos prioritarios de salvaguardia, en consulta con las organizaciones no gubernamentales y las comunidades en cuestión, según los criterios que juzga apropiados, así como proceder a revisiones periódicas si es necesario. La experiencia del Programa de Proclamaciones, como las acciones de cooperación internacional podrán servir de guía para mejorar políticas nacionales de salvaguardia; 3) La Convención deberá integrar un mecanismo de salvaguardia internacional, que permitirá dar a conocer a la opinión pública los distintos aspectos de dicho patrimonio, en función de criterios internos (la importancia del patrimonio para la construcción de la identidad de un grupo social) y externos (el respecto de los derechos humanos, la aptitud para estimular el diálogo intercultural) como ya se había enunciado durante la reunión de Río de Janeiro. La Convención deberá inspirarse del Programa de Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral Inmaterial de la Humanidad, particularmente de los criterios detallados de selección elaborados durante la reunión en Elche (septiembre de 2001); 4) El *anteproyecto de convención* deberá también tomar en cuenta la naturaleza de la implicación de los distintos actores del desarrollo y de la preservación del Patrimonio Inmaterial, particularmente a nivel local. Finalmente, 5) La cooperación internacional podrá ofrecer un marco de referencias para la acción nacional.<sup>52</sup>

Durante la tercera mesa redonda (Estambul, septiembre 2002), se subraya que la “diversidad cultural” no es menos indispensable para el desarrollo que la biodiversidad y que la defensa y promoción del Patrimonio Inmaterial no es un acto de conservación dirigido en contra de la modernidad sino, al contrario, un medio de conceptualizar las relaciones de comunicación entre el tiempo y el espacio, entre generaciones, áreas geoculturales lejanas, sociedades basadas en sistemas considerados incompatibles. En otro artículo, hemos enseñado que la definición del término de “cultura” ha evolucionado a través los documentos producidos por la UNESCO.<sup>53</sup> El Patrimonio Inmaterial se ha definido a través el término amplio de “cultura”.

<sup>52</sup> Discours de M. Koïchiro Matsuura à l’occasion de la réunion d’experts sur l’avant-projet de Convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine immatériel. Doc: DG/2002/26.

<sup>53</sup> Lézé, Florence, “Evolución del concepto de cultura a través de documentos claves de la UNESCO”, *Revista Aída*, México, núm. 7, enero 2010.

Durante la Mesa de Estambul (2002), la versión final del Informe señala la importancia de tomar en cuenta dos caras de la cultura: Por una parte, la cultura tradicional (prácticas culturales consideradas por un grupo social como legadas del pasado por transmisión intergeneracional); por otra parte, la cultura popular, que incluye las manifestaciones y prácticas culturales por las cuales un subgrupo social expresa su identidad particular. Muchas veces, estas formas culturales son comercializadas y difundidas por distintas formas de mediatización. En este documento, se explica que el Patrimonio Inmaterial constituye el soporte de la “diversidad cultural” y añade que, “para (...) permitírnos reaccionar con eficacia a los retos extraordinarios que representan la durabilidad, las técnicas de gobernanza y las modalidades del ‘vivir juntos’ en la era de la mundialización, necesitamos una cooperación mundial que pueda conferir todo su papel a la creatividad que emana de la conservación de las legaciones culturales, inclusive con las competencias, los conocimientos y la sabiduría de la humanidad que les están asociados”.<sup>54</sup>

## VII. LA CONVENCIÓN PARA LA SALVAGUARDIA DEL PATRIMONIO INMATERIAL (2003)

Las finalidades enunciadas en el *artículo 1o.* de dicha Convención son: salvaguardar del Patrimonio Cultural Inmaterial; respetar del Patrimonio Cultural Inmaterial de las comunidades,<sup>55</sup> grupos e individuos; sensibilizar en el plano local, nacional e internacional a la importancia de dicho patrimonio; finalmente, extender la cooperación y la asistencia internacionales. El objetivo principal enunciado es animar a los Estados partes a tomar medidas jurídicas, financieras, técnicas, tales como establecer órganos nacionales de gestión, registros de inventarios, informes, programas de educación y sensibilización del público, centros de documentación, etcétera; a través de la cooperación y de la asistencia internacional. La salvaguardia del Patrimonio Inmaterial implica su identificación, preservación, protección, pro-

<sup>54</sup> Véase, documento “Version finale-13/09/2002. IIIème Table ronde des Ministres de la culture “Le patrimoine culturel immatériel, miroir de la diversité culturelle” Istanbul, 16 et 17 septembre 2002, p. 11.

<sup>55</sup> La Convención no define el término de “comunidad”, por lo tanto, se tiene que referir a la definición propuesta por los expertos (Tokio, mayo 2006): “Las comunidades son redes de personas cuyo sentimiento de identidad o de relaciones nace de una relación histórica compartida, anclada en la práctica y la transmisión de, o el apego a, su Patrimonio Inmaterial”. (UNESCO-ACCU, Réunion d’experts sur la participation des communautés à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel: Vers la mise en oeuvre de la Convention de 2003, 13-15 mars 2006, Tokyo, Japón, p. 5).



moción, valorización, transmisión, revitalización e investigación. En cuanto a los principios, el *artículo 31.4* estipula que no habrá más proclamaciones después de la entrada en vigor de la Convención. Este artículo estipula también que el Comité Intergubernamental integrará las Obras Maestras en la Lista representativa. En la *Convención de 2003*, el desarrollo sostenible es inseparable del Patrimonio Inmaterial (preámbulo, segundo al artículo 2o.). Sin embargo, el término no está definido.

En el artículo 2o. de la Convención de 2003, el Patrimonio Cultural está definido de la manera siguiente: son los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas que las comunidades, los grupos y los individuos reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural y se transmite de generación en generación. Además, se precisa que este patrimonio “se recrea en permanencia por las comunidades y grupos, en función de su medio, de la interacción con la naturaleza y su historia, y les procure un sentimiento de identidad y de continuidad, contribuyendo así a promover el respecto de la diversidad cultural y la creatividad humana”. Dicho patrimonio se manifiesta en particular en el ámbito de las tradiciones y de las expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del Patrimonio Inmaterial; las artes del espectáculo; los usos sociales, rituales y actos festivos; y los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo. Notamos que las religiones no están incluidas como tales en la definición. No obstante, esta hace referencia a las expresiones y a los usos culturales inspirados por ellas: el *artículo 2o.* menciona los usos sociales, los rituales y los actos festivos. Tampoco incluye a los idiomas, pero subraya que constituye un “vehículo del Patrimonio Cultural Inmaterial” (artículo 2o., 2.a).

En el artículo 2.3, la “salvaguardia” está definida como “medidas examinadas a garantizar la viabilidad del Patrimonio Inmaterial”. Incluyen, para los Estados partes, la obligación de tomar medidas para identificar, documentar, investigar, preservar, proteger, promover, valorar, transmitir esencialmente por la educación formal y no formal, así como revitalizar los distintos aspectos de dicho patrimonio. Para hacerse, se requiere la activa participación de las comunidades, en su identificación y gestión (artículo 15). En ese sentido se recomienda la realización de inventarios, la adopción de políticas para realzar la función del Patrimonio Inmaterial, el establecimiento de organismos para su salvaguardia, el fomento de estudios científicos y la adopción de medidas de orden jurídico y técnico (artículo 13). Así mismo, se alienta la promoción del Patrimonio Inmaterial a través de la educación, la sensibilización y el fortalecimiento de capacidades (artículo 14). Además, sólo debe ser salvaguardado el Patrimonio Inmaterial que las comunidades reconocen como parte integrante de su patrimonio cultural

y que les infunda un sentimiento de identidad y continuidad (artículo 2.1). Toda medida de salvaguardia debe ser concebida y aplicada con el consentimiento y la participación de la comunidad (artículo 11.b). Las medidas de salvaguardia deben respetar “los usos consuetudinarios por los que se rige el acceso a determinados aspectos de dicho patrimonio” (artículo 13.2.ii).

La Convención propone medidas que han de aplicarse a nivel nacional e internacional: a nivel nacional, se trata de la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial existente en el territorio del Estado parte (artículo 11.a). Asimismo, cada Estado debe “identificar y definir los distintos elementos del patrimonio cultural inmaterial presentes en su territorio, con participación de las comunidades, los grupos y las organizaciones no gubernamentales pertinentes” (artículo 11.b). Los Estados deben efectuar inventarios de dicho patrimonio y actualizarlos regularmente (artículo 12.1). Además, se proponen diversas medidas de salvaguardia como “adoptar una política general encaminada a realzar la función del Patrimonio Cultural Inmaterial en la sociedad y a integrar su salvaguardia en programas de planificación” (artículo 13.a); designar o crear organismos competentes (artículo 13.b); fomentar estudios científicos, técnicos y artísticos (artículo 13.c); adoptar medidas jurídicas, técnicas, administrativas y financieras (artículo 13.d). El *Artículo 14* habla de la educación, la sensibilización y el fortalecimiento de las capacidades, en relación con dicho patrimonio.

Los órganos de la Convención de 2003 son la Asamblea General de los Estados partes, órgano soberano (artículo 4o.), así como el Comité Intergubernamental para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial (artículo 5o.), órgano ejecutor. Detallamos estos órganos: Los Estados que han ratificado la Convención constituyen la Asamblea General de los Estados partes en la Convención, la cual celebra una reunión ordinaria cada dos años y puede reunirse con carácter extraordinario si lo estima necesario, o a petición del Comité Intergubernamental para la Salvaguardia del Patrimonio Inmaterial o de un tercio de sus Estados partes por lo menos. Elige a los miembros del Comité. El Comité, estará integrado por representantes de 18 Estados Partes, los cuales estarán elegidos en Asamblea General, al entrar en vigor la Convención. Este número pasará a 24 cuando el número de Estados partes en la Convención llegue a 50 (artículo 5.1. y 5.2). El Comité celebra una reunión ordinaria todos los años y se puede reunir con carácter extraordinario a petición de dos tercios de sus Estados miembros por lo menos. Sus funciones principales son las siguientes: Promover los objetivos de la Convención y fomentar la aplicación de la Convención (artículo 7.a); Asesorar y formular recomendaciones sobre medidas de salvaguardia (artículo 7.b); Elaborar un proyecto sobre la utilización de los recursos del fondo (artículo

7.c); Buscar las formas de incrementar los recursos y adoptar las medidas necesarias a tal efecto (artículo 7.d); Preparar y someter a la aprobación de la Asamblea General directrices operativas<sup>56</sup> para la aplicación de la Convención (artículo 7.e); Examinar las solicitudes que presenten los Estados partes y decidir, con arreglo a los criterios objetivos de selección establecidos por el propio Comité y aprobados por la Asamblea General acerca de examinar las solicitudes que presenten los Estados partes y decidir, con arreglo a los criterios objetivos de selección establecidos por el propio Comité y aprobados por la Asamblea General, acerca de: a) Las inscripciones en las listas y las propuestas que se mencionan en los artículos 16, 17 y 18; b) La prestación de asistencia internacional de conformidad con el artículo 22” (artículo 7.g). El Comité también designa las medidas urgentes de salvaguardia (artículo 17) y promueve programas, proyectos y actividades (artículo 18); Proponer a la Asamblea General la acreditación de organizaciones no gubernamentales que puedan ejercer funciones consultivas ante el Comité. Se dispone también que la Secretaría de la UNESCO prestara asistencia a la Asamblea General y el Comité preparará la documentación de sus reuniones y velará por el cumplimiento de las decisiones de estos órganos; Utilizar los recursos del Fondo según las orientaciones formuladas por la Asamblea General (artículo 25.4). Podrá aceptar contribuciones para proyectos concretos aprobados (artículo 25.5).<sup>57</sup> Finalmente, presentar un informe en cada reunión de la Asamblea General (artículo 30).

Tomando el ejemplo del Patrimonio Cultural Material en el marco del Convenio de 1972, la Convención de 2003 prevé dos listas que son: 1) la Lista Representativa del Patrimonio Inmaterial de la Humanidad, que debe asegurar la visibilidad de este patrimonio a través ejemplos seccionados (artículo 16);<sup>58</sup> 2) La Lista del Patrimonio Inmaterial que requiere una salvaguardia urgente, que definirá las acciones prioritarias (artículo 17). La Convención prevé también el establecimiento de uno o varios inventarios a escala nacional (artículo 12.1).

<sup>56</sup> Las *directrices operativas* indican los procedimientos para la inscripción sobre las listas y evaluar los expedientes, la prestación de asistencia financiera internacional, la acreditación de ONG en calidad de entidades consultivas del Comité, la participación de las comunidades en la aplicación de la Convención, la cooperación con otras convenciones y organizaciones internacionales.

<sup>57</sup> Para consultar la lista de los proyectos sobre Patrimonio Inmaterial, en los cuales está involucrada la UNESCO, véase la siguiente página Internet: *ARTÍCULOS\PCI\UNESCO. SITIO PCI\UNESCO. PCI. Lista de proyectos.mht*.

<sup>58</sup> Para consultar la Lista Representativa de México, véase la página: *<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?lg=es&pg=00011>*.

Los principios de inventarios propuestos por la UNESCO son los siguientes: Primero, la Convención relaciona los inventarios con la salvaguardia definida como medidas con miras a asegurar la viabilidad del Patrimonio Inmaterial, inclusive la identificación (artículo 2.3). Los inventarios deben cubrir las prácticas y expresiones culturales vivas, dar informaciones sobre su viabilidad y deben asegurar la identificación para la salvaguardia (artículo 12). Por lo tanto, la Convención presenta a los inventarios como una medida de salvaguardia en sí y como una condición previa a otras medidas de salvaguardia (constituyen la única acción obligatoria de salvaguardia (artículo 12.1). A nivel nacional, se alientan a otras medidas de salvaguardia no obligatorias (artículo 13), dentro de las cuales la educación, sensibilización y refuerzo de las capacidades (artículo 14). Como otro principio, se exige la participación de las comunidades, grupos o individuos que crean, mantienen y transmiten al patrimonio, en la gestión de la salvaguardia (artículo 15), así como su identificación (artículo 11b). Un tercer principio es la documentación: El artículo 2.3 menciona a la documentación como una de las medidas de la salvaguardia, junto con la identificación, la investigación, la preservación, la protección, la promoción, la valoración, la transmisión por la educación formal e informal, así como la revitalización de los distintos aspectos de dicho patrimonio. Los inventarios tienen por función asegurar el reconocimiento del Patrimonio Inmaterial, sensibilizar e identificar los elementos que necesitan medidas de salvaguardia. Constituyen una primera etapa de la documentación, la cual será necesaria para establecer una candidatura para las listas.<sup>59</sup>

Según las Directivas Operacionales elaboradas por el Comité (2008), los criterios, idénticos, para la inscripción de los elementos inscritos sobre las distintas listas son los siguientes: 1) Deben corresponder a la definición retenida en el artículo 2.1 de la Convención; requieren un plan de gestión, así como un plan de salvaguardia detallado para una inscripción sobre la Lista de salvaguardia urgente; 2) La lista representativa impone que la inscripción de los elementos pueda servir los objetivos de dicha Lista y de la Convención, tales enunciados en los artículos 16 y 1o. *de la Convención* (contribuir a la visibilidad del Patrimonio Inmaterial, sensibilizar sobre su importancia, invitar al diálogo con reflejar la diversidad cultural); 3) La legitimidad de estos planes es importante para la evaluación; 4) La participación y el consentimiento libre previos por parte de la comunidad, grupo o

<sup>59</sup> UNESCO, Meeting on inventorying intangible cultural heritage in Ethiopia, Djibouti and Somalia (19 and 20 October 2006, Addis Ababa). Report (4 January 2007); UNESCO, Réunion d'experts sur la documentation et l'archivage du patrimoine culturel immatériel, UNESCO – Paris/12 et 13 janvier 2006.

individuos, durante la preparación de una candidatura y la elaboración y establecimiento de las medidas de salvaguardia; 5) Para la inscripción sobre cualquier Lista, el elemento debe haber figurado en un inventario establecido por los Estados partes; y 6) La lista de salvaguardia trata específicamente de la necesidad de una salvaguardia urgente. Por lo tanto, comporta un criterio sobre los procedimientos de consulta de los Estados partes en caso de extrema emergencia.

### VIII. CONCLUSIONES

El concepto de Patrimonio Inmaterial es el resultado de una larga evolución de la idea de patrimonio y constituye otra mirada sobre los procesos culturales. Se evidenció el hecho que los tratados internacionales relativos a la protección de la propiedad intelectual tienen limitaciones cuando están aplicados al Patrimonio Inmaterial, por múltiples razones tales como: la imposibilidad de establecer la originalidad de un elemento del Patrimonio Inmaterial; la imposibilidad de identificar los autores; etcétera. En resumen, los derechos de autor protegen valores individuales cuando los intereses en cuestión son valores colectivos. A partir de los años setenta, se determinaron los ámbitos de acción de las organizaciones: la OMPI trata del Patrimonio Inmaterial del punto de vista de la propiedad intelectual, particularmente de la propiedad industrial y la UNESCO aborda el tema del punto de vista cultural. El primer instrumento en materia de Patrimonio Inmaterial, que constituyó la Recomendación de 1989 propuso el inventario y el estudio del folclor por los investigadores y profesionistas e incitó a los Estados miembros a adoptar medidas legislativas o administrativas. Dicho instrumento trataba principalmente de los productos culturales más que de los procesos o de los papeles de los creadores y practicantes. Además, consideraba que la cultura tradicional y popular formaba parte del Patrimonio Universal de la Humanidad.

Durante la década de los noventa, la valorización y salvaguardia del Patrimonio Inmaterial se hizo a través de distintos programas de la UNESCO. Ocurrió entonces una transición importante en la concepción del patrimonio: de la protección del objeto a la salvaguardia del proceso; de una visión estática a una visión dinámica. Durante esta década, las reuniones de expertos y de secretarios de cultura, así como una serie de programas constituyen los antecedentes a la adopción de la Convención de 2003. De esta manera, se tomó conciencia de la importancia de integrar una concepción cada vez más amplia del Patrimonio Cultural, con integrar elementos inmateriales como las lenguas, las tradiciones o el saber-hacer y, como lo mencionó el

informe de 1995 de la Comisión Mundial de la Cultura, eso era necesario para hacer de la cultura una base del desarrollo, ya que estas manifestaciones podían contribuir a la economía de muchos países. Entre 1995 y 1999, los seminarios regionales organizados por la UNESCO desembocaron en 1999 sobre la Conferencia de Washington, donde se mencionaron varias debilidades en materia de terminología, definición, campo de acción y encaramientos generales de la salvaguardia. Se propusieron correcciones a dicha Recomendación y se recomendó la elaboración de instrumentos jurídicos internacionales, la aplicación de medidas orientadas a los profesionales, con la participación activa de las comunidades, etcétera. Con la Resolución 31C/30, la Conferencia General decidió la elaboración de una convención internacional sobre salvaguardia del Patrimonio Inmaterial.

Las Proclamaciones de 2001, 2003 y 2005, las cuales concluyeron con la entrada en vigor de la *Convención de 2003*, seleccionaron obras maestras del patrimonio oral e inmaterial, espacios culturales y formas de expresión culturales, y permitieron lanzar un proceso de reconocimiento oficial de manifestaciones culturales de valor excepcional, mientras se sensibilizaba los gobiernos sobre el valor de dicho patrimonio y la importancia de su transmisión y difusión. El programa de proclamaciones atribuyó un lugar central a los individuos, las comunidades y los grupos detentores de las tradiciones, idea que fue retomada por la Convención de 2003 (las comunidades deben dar su acuerdo para las candidaturas). A partir del 2001, también fueron organizadas varias reuniones de secretarios de cultura y expertos para la elaboración de la nueva convención sobre salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Por ejemplo, en Turín (2001), se elaboró una definición del Patrimonio Inmaterial; se definió el campo de acción de la UNESCO, con respeto a otras organizaciones como la OMPI. En Río (2002), se estableció que los ámbitos prioritarios eran: establecer un registro de expresiones culturales a nivel nacional y una lista indicativa con la implicación de las comunidades y sostener todos los medios de expresión y de acción. En Estambul (2002), se dijo que la “diversidad cultural” era indispensable para el desarrollo y que la defensa y promoción del Patrimonio Inmaterial no era un acto de conservación dirigido en contra de la modernidad, sino un medio de conceptualizar las relaciones de comunicación entre sociedades basadas sobre sistemas considerados incompatibles. Durante esta reunión, se recomendó a la UNESCO preparar un nuevo instrumento normativo internacional sobre la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial, con los objetivos de conservar las creaciones humanas en riesgo de desaparición, ofrecerles un reconocimiento a escala mundial, reforzar la identidad, permitir una cooperación social en el seno de los grupos y entre ellos, garantizar una

continuidad histórica, promover la diversidad creativa de la humanidad, favorecer el acceso a los frutos de esta creatividad. Se dijo también que el Patrimonio Inmaterial constituye procesos que, en ciertos casos, pueden ser más importantes que los objetos o eventos mismos, porque tienen un papel fundamental en la reanimación y la reactualización de las relaciones entre los miembros de la comunidad. El Patrimonio Inmaterial es el soporte de la “diversidad cultural”. En 2002, “Año de las Naciones Unidas” para el Patrimonio Cultural, tuvo el propósito de intensificar el seguimiento de los programas, las actividades y los proyectos destinados a asegurar la valoración y la protección del Patrimonio Cultural Mundial.

Con respecto a la Convención de 1972 o al Programa de las Obras Maestras, la Convención de 2003 ya no menciona el “valor excepcional universal” del objeto de protección, sino que menciona la “representatividad” significativa de los elementos para la identidad de los grupos y comunidades, los cuales definen e identifican el Patrimonio Inmaterial. Tampoco habla del imperativo de “autenticidad”. Hay que mencionar que la noción de “autenticidad” ya había sido relativizada por la Declaración de Nara (1994) y eliminada, posteriormente, por la Declaración de Yamato (2004). La Convención de 2003 también ha colocado a los actores de las prácticas, así como los procesos en el centro de los dispositivos cuando, antes, los instrumentos se focalizaban en los objetos acabados.

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARIZPE, Lourdes, “Percepciones e interpretaciones”, *Rapport final. Table ronde internationale “Patrimoine culturel immatériel-définitions opérationnelles”*, 14-17 mars, Turin, 2002.
- BLAKE, Janet, “Elaboration d’un nouvel instrument normative pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Eléments de réflexion”, UNESCO, Edition révisée 2002, CLT-2001/WS/8 Rev.
- BORTOLOTTI, Chiara, “Les enjeux de l’institution du patrimoine culturel immatériel. Compte rendu du séminaire organisé au Lahic (2006-2008)”, *Culture et Recherche*, nom. 116 et 117, Le patrimoine culturel immatériel, “La patrimonialisation de l’immatériel selon l’UNESCO”, Résumé de la communication présentée le 16 juin 2006, à la réunion des conseillers à l’ethnologie et des ethnologues régionaux, Mission à l’ethnologie, Paris, Dapa, Ministère de la culture.
- et GRENET, Sylvie, “Les pratiques des inventaires du PCI dans le cadre de la convention de l’UNESCO”, *Le patrimoine culturel immatériel de*

*l'Europe: inventer son inventaire*, Institut National du Patrimoine, 30 novembre 2007.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela, "Elementos del Patrimonio Inmaterial para la elaboración de definiciones operacionales", *Rapport final. Table ronde internationale "Patrimoine culturel immatériel--définitions opérationnelles"*, 14-17 mars, Turin, 2000 CHEVALLIER, Denis, "Maîtres d'art", Encyclopédie Universalis.

COHEN, Élie, "Mondialisation et diversité culturelle", *Rapport mondial sur la culture. Diversité culturelle, conflit et pluralisme*, París, UNESCO, 2000.

COMITÉ EJECUTIVO DE LA UNIÓN INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LAS OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS (UNIÓN DE BERNA) / COMITÉ INTERGUBERNAMENTAL SOBRE DERECHO DE AUTOR, *Examen sobre la posibilidad de crear un instrumento internacional para la protección del folclor* (1971), Ginebra 1975, Ref.: B/EC/IX/11 y IGC/XR.1 (1971)/15.

DELCOURT, Gilles, "Deux nouveaux instruments juridiques de l'UNESCO bien distincts: la convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles (2005) et la convention sur le patrimoine culturel immatériel (2003)", *Culture et Recherche*, nom. 116 et 117, Le patrimoine culturel immatériel.

GAGNÉ, Gilbert, "La Convention sur la protection et la promotion de la diversité culturelle et l'interface culture-commerce", en GAGNÉ, Gilbert (dir.), *La diversité culturelle. Vers une convention internationale effective?*, Québec, Fides, Points Chauds, 2005, p. 212.

ISOLA, Akinwumi, "Les ennemis de l'intérieur", *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel, Maison des Cultures du Monde, International de l'imaginaire, Nouvelle série, nom. 17, 2004.

JADÉ, Mariannick, *Patrimoine immatériel. Perspectives d'interprétation du concept de patrimoine*, París, L'Harmattan, 2006.

KHAZNADAR, Chérif, "Patrimoine culturel immatériel: les problématiques", *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel, Maison des Cultures du Monde, International de l'imaginaire, 2004.

KURIN, Richard, "Safeguarding Intangible Cultural Heritage: Key Factors in Implementing the 2003 Convention", *International Journal of Intangible Hritage*, II, 2007, "Les problématiques du patrimoine culturel immatériel", *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel, Maison des Cultures du Monde, International de l'imaginaire, Nouvelle série, nom. 17, 2004.



- KUUTMA, Kristin, “Making Inventories: A Constraint or an Asset?” Regional seminar “Principles and Experiences of Drawing up ICH Inventories in Europe”, May 14 et 15 2007, Tallinn, Estonia, en LACHAPPELLE, Guy (dir.), *Diversité culturelle, identités et mondialisation. De la ratification à la mise en oeuvre de la convention sur la diversité culturelle*, Québec, Pul, 2008.
- LÉZÉ, Florence, “Evolución del concepto de cultura a través de documentos claves de la UNESCO”, *Revista Aída*, México, núm. 7, enero 2010.
- , “De la “gobernanza empresarial” a la “gobernanza global”: ¿Un proyecto de gobierno de las sociedades políticas sobre el modelo de gestión de las sociedades comerciales?”, *Memoria impresa del Tercer Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- , “El desarrollo sustentable: un concepto clave del derecho internacional del medio ambiente”, *Revista Aída*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012 (en prensa).
- LÉVI-STRAUSS, Laurent, “Impact de la Convention du patrimoine mondial sur les évolutions récentes de la notion de patrimoine culturel”, *Rapport mondial sur la culture. Diversité culturelle, conflit et pluralisme*, Paris, UNESCO, 2000.
- MATSUURA, Koïchiro, Discurso del 20 de marzo del 2002, DG/2002/26.
- , Discurs à l’occasion de la réunion internationale sur “*le patrimoine culturel immatériel: le rôle de l’UNESCO et les domaines d’action prioritaires*”, Río de Janeiro, 22 janvier 2002. Doc: DG/2002/03: Discurso del 16 de septiembre 2002. Doc: DG/2002/93.
- , Discurso de M. Koïchiro Matsuura (DG/2002/03) - Discours de M. Koichiro Matsuura, Directeur général de l’UNESCO, à l’occasion de la première Conférence des Parties à la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, 18 juin 2007. Doc. DG/2007/083 OMPI, Informe Savoirs traditionnels: Besoins et attentes en matière de propriété intellectuelle. Rapport de l’OMPI sur les missions d’enquête consacrées à la propriété intellectuelle et aux savoirs traditionnels (1998-1999), Ginebra, 2001. OMPI, *Rapport final sur l’expérience acquise au niveau national en ce qui concerne la protection juridique des expresiones du folklore* (2002) WIPO/GRTKF/IC/3/10 y WIPO/GRTKF/IC/3/17.
- , *La protección de las expresiones culturales tradicionales / Expresiones del folklore. Objetivos y principios revisados*, WIPO/GRTKF/IC/16/4 (2010).
- , *La protección de los conocimientos tradicionales. Revisión de objetivos y principios*, WIPO/GRTKF/IC/16/5 (2010). Recursos genéticos: Lista de opciones revisada, WIPO/GRTKF/IC/16/6 (2010).

PROTT, Lyndel, “Définir le concept de ‘patrimoine immatériel’: défis et perspectives”, *Rapport mondial sur la culture. Diversité culturelle, conflit et pluralisme*, París, UNESCO, 2000.

SCOUARNEC, Francois-Pierre le, “Quelques enjeux liés au patrimoine culturel immatériel”, *Le patrimoine culturel immatériel. Les enjeux, les problématiques, les pratiques*, París, Babel, Maison des Cultures du Monde, International de l’imaginaire, Nouvelle série, núm. 17, 2004.

SMEETS, Ricks, “Une convention internationale. Une convention passe aux actes. Organisation, directives, calendrier”, *Culture et Recherche*, núm. 116 et 117, 2008.

UNESCO, Actas de la Conferencia: “*Proceedings Acts*, octubre del 2004. - *L’action normative à l’UNESCO*, Vol. 1, Elaboration de règles internationales sur l’éducation, la science et la culture, en Abdulqawi A. Yusuf (dir.), Coll. Ouvrages de référence de l’UNESCO, UNESCO/Martinus Nijhoff Publishers, 2007p.

———, *Programa para la Salvaguardia de las Lenguas en Peligro*, 1993.

———, *Programa de los Tesoros Humanos Vivos* (1994), Doc: 142 EX/18 y 142 EX/48.

———, *Programa Memoria del Mundo*, 1996.

———, *Programa de Proclamación de las Obras Maestras del Patrimonio Oral e Inmaterial de la Humanidad* (1997), UNESCO Doc. 155 EX/15, París, 25 de agosto de 1998.

———, *Atlas de las lenguas en peligro de desaparecer* (1996, 2001 y 2009).

———, *Directrices para la creación de sistemas nacionales de “Tesoros Humanos Vivos”* - Conseil exécutif, 142a. sesión, 142 EX/Décisions, París 10 dec, 1993. Création à l’UNESCO d’un dispositif concernant les “biens culturels vivants” (trésors humains vivants) (142 EX/18 et 142 EX/48).

———, *Reglamento para la Proclamación por la UNESCO de los símbolos del patrimonio oral de la humanidad* (154 EX/13, Anexo III).

———, Consejo Ejecutivo, “Propuesta del Director General acerca de los criterios de selección de los espacios o de las formas de expresión cultural popular y tradicional merecedores de que la UNESCO los proclame obras maestras del patrimonio oral de la humanidad”, 154 EX/13, París, 1998.

———, *Informe final de la Conferencia de Washington (1999)*, Proclamaciones de 2001, 2003 y 2005.

———, *Conferencia General, 30a. sesión*, 1999, Doc. 30C/DR.84.

———, “Chefs-d’œuvres du patrimoine oral et immatériel de l’humanité. *Proclamations 2001, 2003 et 2005* (CLT/CH/ITH/PROC/BR3).

- , Primera mesa redonda: *La cultura y la creatividad frente a la mundialización*, París, 1999.
- , Segunda mesa redonda 2000-2001: *diversidad cultural, los retos del mercado*, París, 2000.
- , *Rapport final, Table ronde Internationale: Patrimoine culturel immatériel - définitions opérationnelles*, Turin, 14 - 17 mars 2001.
- , Tercera mesa redonda *El Patrimonio Inmaterial, memoria de la diversidad cultural*, Estambul, septiembre 2002. *Versión finale*-13 septiembre 2002. *IIIème Table ronde des Ministres de la culture*, “Le patrimoine culturel immatériel, miroir de la diversité culturelle” Istanbul, 16 et 17 septembre 2002.
- , *Reunión internacional de Río de Janeiro, Informe final*.
- , *Reunión regional para América Latina (2004), Informe: recomendaciones*.
- , *Meeting on inventorying intangible cultural heritage in Ethiopia, Djibouti and Somalia*, 19 et 20 October, 2006, Addis Ababa. Report (4 January 2007).
- , *Réunion d’experts sur la documentation et l’archivage du patrimoine culturel immatériel*, UNESCO, París / 12 et 13 janvier 2006. Conferencia de Nara, véase el documento: *Proceedings Acts*, octubre del 2004 CLT/CIH/MCO/2006/PRO/H/1.
- UNESCO/ACCU, *Réunion d’experts sur la participation des communautés à la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel: Vers la mise en oeuvre de la Convention de 2003*, 13-15 mars 2006, Tokyo, Japón, p. 5.
- UNESCO/OMPI, *Disposiciones típicas de legislación nacional sobre la protección de las expresiones del folclore contra su explotación ilícita y otras acciones dañinas*, 1982.
- VALDIMAR, Hafstein, “Sauvegarde du patrimoine immatériel et gouvernance communautaire”, *60 ans d’histoire de l’UNESCO. Actes du colloque international*, París, 16-18 novembre 2003, UNESCO, 2007.

### *Instrumentos y Declaraciones*

- Convención de Berna sobre la protección de las obras literarias y artísticas (Estocolmo, 1967 y París, 1971).
- Convención sobre la protección del patrimonio mundial cultural y natural (1972).
- Convención para la salvaguardia del Patrimonio Inmaterial (2003).
- Convención sobre protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales (UNESCO, 2005).

Declaración de Principios de las Relaciones Culturales Internacionales (1966).

Declaración de Estambul Declaración Universal sobre Diversidad Cultural (2001).

Declaración de Yamato (Approches intégrées de la sauvegarde du patrimoine culturel matériel et immatériel (22 octobre del 2004), WHC-04/7 EXT. COM/INF.9 París, 25 novembre 2004.

Recomendación sobre la salvaguardia de la cultura tradicional y popular (UNESCO, 1989). Resolución A/RES/56/8 del 4 de diciembre 2001.

Resolución 31C/30 (Conferencia General).



# LA IGUALDAD QUE TODOS QUEREMOS. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

Miguel CARBONELL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Esbozo del marco jurídico*. III. *La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*. IV. *A modo de conclusión*.

## I. INTRODUCCIÓN

Las Constituciones contemporáneas han ideado muchas maneras de proteger la igualdad, lo han hecho a través de mandatos de no discriminación, de declaraciones generales sobre el igual goce de los derechos fundamentales, de mandatos para alcanzar una igualdad real o sustantiva, etcétera. Lo mismo ha sucedido con las legislaciones que han desarrollado ese tipo de normas.

Quizá no sobra apuntar, desde el inicio de este ensayo, que el de igualdad es un concepto complejo, que atañe por igual a diversas áreas de las ciencias sociales. Ha sido estudiado lo mismo por la economía, la política, la sociología, la antropología y el derecho.<sup>1</sup>

Se trata, sin embargo, de una noción particularmente elusiva, cargada con frecuencia de connotaciones partidistas y afectada, casi siempre, por posicionamientos ideológicos.<sup>2</sup> Como señala Francisco J. Laporta:

La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia,

<sup>1</sup> Tiene razón Gosta Esping-Andersen cuando afirma que: “en el sentido más amplio posible, la igualdad constituye el principal *leitmotiv* de la ciencia social. En economía se hace hincapié en la distribución (y la utilización) de los recursos escasos; en ciencias políticas se insiste más en el poder, y en sociología, en la estratificación social”, *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*, Barcelona, Ariel, 2000, p. 16.

<sup>2</sup> Véanse, sobre las dificultades de definir adecuadamente la discriminación, las muy atinadas observaciones de Rodríguez Zepeda, Jesús, *Democracia, educación y no discriminación*, México, Cal y Arena editores, 2011, pp. 7 y ss.

su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser, más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes.<sup>3</sup>

Para el pensamiento constitucional el principio de igualdad ha tenido, tiene y está llamado a tener una importancia capital. Desde el nacimiento mismo del Estado constitucional la igualdad no ha dejado de figurar como uno de los principios vertebradores de dicho modelo de Estado. No podemos pensar en una democracia constitucional que no tutele de forma amplia y eficaz al valor de la igualdad entre todos los seres humanos.<sup>4</sup>

El primer artículo, junto con la Constitución norteamericana de 1787, podría considerarse el acta de nacimiento del constitucionalismo moderno, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, tiene por objeto justamente el principio de igualdad: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.<sup>5</sup>

De la misma forma, también el pensamiento ilustrado había reparado en la importancia del principio de igualdad. Podrían ser muchas las citas que se hicieran al respecto, pero quizá hay dos que recogen fielmente la postura ilustrada que sirvió para alimentar la filosofía de las primeras declaraciones de derechos. La primera es de Hobbes, quien en su obra *De Cive* escribió: “si la naturaleza ha hecho iguales a los hombres, esta igualdad debe ser reconocida; si les ha hecho desiguales, puesto que se pelearán por el poder, es necesario para lograr la paz que se consideren como iguales”. La segunda cita es de Rousseau, quien señaló en *El Contrato Social* que:

Es que en lugar de destruir la igualdad natural, el pacto fundamental sustituye, por el contrario, por una igualdad moral y legítima lo que la naturaleza pudo poner de desigualdad física entre los hombres y que, pudiendo ser desiguales en fuerza o en genio, se vuelven todos iguales por convención y derecho... Precisamente porque la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad es por lo que la fuerza de la legislación debe tender siempre a mantenerla.

<sup>3</sup> Laporta, Francisco J., “El principio de igualdad: introducción a su análisis”, *Sistema*, Madrid, núm. 67, 1985, p. 3.

<sup>4</sup> Rodríguez Zepeda, Jesús, *Iguales y diferentes: la discriminación y los retos de la democracia excluyente*, México, TEPJE, 2011.

<sup>5</sup> Un análisis del significado, de los alcances y de la proyección actual de este artículo puede verse en Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2005, pp. 106 y ss.

En las páginas siguientes haremos un repaso del marco jurídico nacional e internacional en materia de no discriminación y de igualdad entre mujeres y hombres (apartado II). Dedicaremos un espacio en el que pueda considerarse como la norma de origen nacional más importante en la materia a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (apartado III). Finalmente, esbozaremos algunas posibles perspectivas del tema en México (apartado IV).

## II. ESBOZO DEL MARCO JURÍDICO

En México, mediante una reforma de 1974, se introduce un mandato sencillo pero contundente en el que actualmente es el párrafo primero del artículo 4o. constitucional: “el varón y la mujer son iguales ante la ley”; la legislación mexicana, sin embargo, ha tardado muchos años en transformarse para hacer realidad ese mandato, y aun en la actualidad sigue manteniendo como derecho vigente una buena cantidad de normas discriminatorias hacia la mujer. A nivel constitucional debe tomarse en cuenta, también, que el artículo 1o., párrafo tercero, establece (a partir de 2001, si bien por reforma de junio de 2011 se convirtió en el párrafo quinto) que no se podrá discriminar por razón de género.<sup>6</sup>

La igualdad entre hombres y mujeres se sustenta, además, en varios textos internacionales de derechos humanos como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981) o la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 12 de diciembre de 1996).

En el artículo 123 constitucional, apartado A, fracción V, se establece una norma protectora para las mujeres, en los siguientes términos:

Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para la salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo (una disposición semejante se encuentra en el mismo artículo 123, dentro de su apartado B, fracción XI, inciso c).

<sup>6</sup> Véase, más adelante (apartado III), la forma en que este mandato ha sido desarrollado por el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.



Otra referencia de interés para el tema que nos ocupa es la que contiene el artículo 2o. constitucional, cuyo apartado A dispone que:

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:... II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando 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 México, para contribuir con el combate a la desigualdad de género, se creó el Instituto Nacional de las Mujeres (*Diario Oficial de la Federación* del 12 de enero de 2001), el cual es un organismo público descentralizado de la administración pública federal, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía técnica y de gestión, de acuerdo con el artículo 2o. de la ley del propio instituto.

El instituto tiene como objetivo general promover y fomentar las condiciones que posibiliten la no discriminación, la igualdad de oportunidades y de trato entre los géneros; así como el ejercicio pleno de todos los derechos de las mujeres y su participación equitativa en la vida política, cultural, económica y social del país (artículo 4o. de la ley).

La ley del instituto contiene un par de definiciones que, a pesar de no ser un modelo de redacción y de que contienen algunas cuestiones discutibles, pueden ser de interés para el estudio de la igualdad entre hombres y mujeres. En su artículo 5 establece que la “equidad de género” es un:

concepto que se refiere al principio conforme al cual hombres y mujeres acceden con justicia e igualdad al uso, control y beneficios de los bienes y servicios de la sociedad, incluyendo aquéllos socialmente valorados, oportunidades y recompensas, con la finalidad de lograr la participación equitativa de las mujeres en la toma de decisiones en todos los ámbitos de la vida social, económica, política, cultural y familiar.

El mismo precepto define la “perspectiva de género” como un:

concepto que se refiere a la metodología y los mecanismos que permiten identificar, cuestionar y valorar la discriminación, desigualdad y exclusión de las mujeres, que se pretende justificar con base en las diferencias biológicas entre mujeres y hombres, así como las acciones que deben emprenderse para actuar sobre los factores de género y crear las condiciones de cambio que permitan avanzar en la construcción de la equidad de género.

En 2006 se publica la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, cuyo objetivo es “regular y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres y proponer los lineamientos y mecanismos institucionales que orienten a la nación hacia el cumplimiento de de la igualdad sustantiva en los ámbitos público y privado, promoviendo el empoderamiento de las mujeres” (artículo 1o.).<sup>7</sup>

En 2007 se publica la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida libre de violencia, por medio de la cual se intenta alcanzar una actuación coordinada y eficiente del Estado mexicano en contra de la violencia de género, tan extendida en México.

Desde luego, aunque el principio de igualdad entre los hombres y las mujeres fue originalmente incorporado a los textos constitucionales modernos para eliminar distintas situaciones de discriminación contra estas últimas, ello no impide que su aplicación pueda ser también benéfica para los primeros, como lo demuestra la siguiente tesis:

SEPARACIÓN DE LOS CÓNYUGES Y DEPÓSITO DE LA MUJER. El artículo 287, párrafos segundo y tercero, del Código Procesal Civil para el Estado de Morelos que prevé la forma en que se pueden decretar, viola la garantía de igualdad entre el varón y la mujer. Al establecer el referido precepto como diligencia para la separación de personas, el depósito de la mujer, y en caso de que se señale como lugar del depósito el domicilio conyugal, la abstención del esposo de concurrir a éste mientras la medida subsista, aun cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285 del propio código, cualquiera de los cónyuges tiene derecho a solicitar la separación, transgrede la garantía de igualdad entre el varón y la mujer ante la ley, prevista en el artículo 4o., segundo párrafo (ahora primero, MC) de la Constitución Federal que proscribe toda situación que origine un trato distinto, de discriminación, en atención al sexo de las personas. Ello es así, porque el citado artículo 287, párrafos segundo y tercero, tratándose de diligencias para realizar tal separación, establece una diferencia de trato entre los cónyuges basada en la condición de su sexo, pues prevé para el varón la obligación de abandonar el domicilio conyugal si se señala éste como lugar de depósito de la mujer, lo cual implica una desigualdad legal a favor de esta última, ya que se le deja en el domicilio conyugal, mientras que al varón se le conmina a abstenerse de concurrir a éste, no obstante que ambos cónyuges tienen el mismo derecho a permanecer en él. Tesis 1a.

<sup>7</sup> A pesar de su título, que haría suponer una legislación muy completa y ambiciosa, lo cierto es que se trata de una ley bastante inocua, con poca regulación referida en sentido estricto a derechos y abundantes referencias a la distribución de funciones entre las autoridades involucradas. Compárese su pobreza de contenidos con la mucho más rica Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de España.

XXXIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, mayo de 2001, t. XIII, pp. 286 y 287.

Desde mi punto de vista, esta tesis contiene un criterio bastante simplista y literal de la igualdad entre hombres y mujeres; quizá con apoyo en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos tendientes a proteger a la mujer y haciendo una interpretación mucho más matizada y aguda (incluso incorporando datos estadísticos de la violencia contra las mujeres perpetrada precisamente por sus cónyuges y dentro del domicilio conyugal) la Corte podría haber sostenido un criterio más protector.

Otra tesis que no se encuentra entre las más afortunadas de nuestra Suprema Corte es la siguiente:

DIVORCIO NECESARIO. CUANDO SE EJERCE LA ACCIÓN RELATIVA CON BASE EN LA CAUSAL DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR, EN LA DEMANDA DEBEN EXPRESARSE PORMENORIZADAMENTE LOS HECHOS, PRECISANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE OCURRIERON. Cuando se ejerce la acción de divorcio necesario con base en la causal de violencia intrafamiliar, no basta que en la demanda se narren genéricamente los hechos que a juicio del actor actualicen dicha causal, sino que es necesario expresar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que acontecieron. Lo anterior, no sólo para que la parte demandada pueda preparar su contestación y defensa, sino también para que las pruebas se ofrezcan y rindan en relación precisa con la litis establecida y para que el juzgador pueda estudiar la procedencia de la acción intentada. Además, si en los procedimientos contenciosos el actor debe narrar primero en su demanda los hechos y posteriormente probarlos en la etapa procesal correspondiente, resulta inconcuso que en el periodo probatorio no pueden subsanarse las omisiones de la demanda, pues las pruebas no son los instrumentos indicados para hacerlo. Contradicción de tesis 55/2006-PS. Entre las sustentadas por el Tribunal Colegiado del Vigésimo Quinto Circuito y el Sexto Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito. 20 de septiembre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidente: José Ramón Cossío Díaz. Ausente: Olga Sánchez Cordero de García Villagas. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Jesús Antonio Sepúlveda Castro. Tesis jurisprudencial 59/2006.

El efecto del criterio que se acaba de transcribir es que a partir de su emisión los jueces del fuero común deberán exigir a las víctimas de la violencia intrafamiliar que quieran por esa razón disolver un vínculo matrimonial (¿se aplicará el mismo criterio al concubinato, para efecto por ejemplo de demandar el pago de alimentos? ¿Y a las sociedades de convivencia en el Distrito Federal y Coahuila?) que argumenten y prueben con detalle en

qué consistió esa violencia, desde el inicio mismo del proceso, es decir, desde la presentación de su demanda. En otras palabras, las víctimas, mientras corren a su habitación envueltas en sangre para que sus hijos no las vean sufrir, deberán ir anotando la hora, el número y tipo de golpes recibidos, el lugar de la recepción y cualquier otro detalle que les permita alcanzar el estándar tan acucioso que se va a exigir para que posteriormente les reciba un juez su demanda. De esa manera probablemente bajarán las denuncias por violencia intrafamiliar, pero ¡aumentarán las cifras de golpeadores impunes! Quien mejor ha descrito el drama que, en la práctica, genera la tesis que estoy analizando es el hoy ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar, quien escribe al respecto lo siguiente:<sup>8</sup>

Para aquilatar la gravedad de la tesis de la Corte no es necesario recurrir a sesudas interpretaciones jurídicas, sino apelar al más elemental sentido común. Basta un sencillo ejemplo, por lo demás bastante frecuente no sólo en México. Supongamos que una mujer acude a demandar el divorcio necesario alegando que de manera reiterada, casi todos los días, su esposo llega en estado de ebriedad, la insulta y la golpea, además de que grita y maltrata a sus hijos menores de edad. Para acreditar lo anterior ofrece varios testigos a quienes les constan los abusos del marido. En el caso, la mujer maltratada estaría imposibilitada para lograr el divorcio y el cese del maltrato, pues la narración de los hechos es insuficiente a decir de la Corte, y los testigos no tendrían relevancia alguna. La mujer estaría obligada a describir de manera detallada las circunstancias de *tiempo*: qué día sucedieron los hechos (día, mes y año) y a qué hora exactamente (a las 10:33 de la noche, por ejemplo); *de modo*: qué palabras utilizó exactamente, cómo estaban vestidos ella, él y los niños, cómo la golpeó: ¿Con las manos? ¿Con el puño abierto o cerrado? ¿Con los pies? ¿Qué zapatos llevaba el agresor? ¿En qué partes del cuerpo fue golpeada? ¿Qué tan fuerte le pegó? ¿Cuántas veces?, etcétera; *de lugar*: ¿Fue en la cocina, en la habitación o en la sala? ¿En qué parte exactamente? ¿Cerca de la puerta o de la ventana? Es fácil advertir la situación de desventaja en la que se coloca a quien sufre de violencia en la familia, pues se le exige que recuerde todos estos detalles, lo mismo que sus testigos, a pesar de que es claro que en muchos casos por la situación derivada del miedo y el trauma que genera la violencia no los recuerde, o que la naturaleza continuada de la conducta haga absurdo el reducirla a un solo evento.

En América Latina, como se puede ver a partir de los criterios del Poder Judicial Federal mexicano, los tribunales constitucionales no siempre se han

<sup>8</sup> Zaldívar, Arturo, "Violencia intrafamiliar e indefensión", *Nexos*, México, núm. 354, junio de 2007, p. 43.

empleado a fondo en el estudio del principio de igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, destaca la tarea muy seria y responsable de la Corte Constitucional de Colombia, que en este tema (como en tantos otros) se encuentra a la vanguardia en la región. La Corte colombiana ha entendido que viola dicho principio de igualdad, por ejemplo, el consagrar una causal de nulidad del matrimonio que sólo se predica de la mujer; el negar de plano a la población femenina el acceso a la única escuela de cadetes del país; que una entidad de seguridad social permita a los hombres, y no a las mujeres, afiliarse a sus cónyuges; el exigir que el matrimonio se celebre exclusivamente en el domicilio de la mujer; que a ésta se le prohíba trabajar en horarios nocturnos, y así por el estilo.<sup>9</sup>

A partir de este marco jurídico general (a pesar de sus debilidades y de sus discutibles interpretaciones) es que se emprende en México una decidida batalla para garantizar los derechos de igualdad entre hombres y mujeres, pero entendiendo a esa igualdad no de manera formal (como mera prohibición de discriminar), sino de forma sustantiva, como igualdad *de facto*.<sup>10</sup> No solamente lo dice el ya citado artículo 1o. de la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, sino que lo reitera expresamente

<sup>9</sup> Véase, al respecto, Universidad del Rosario, *Investigación sobre derechos fundamentales*, Bogotá, Corte Constitucional-USAID, 2001, p. 149. También pueden ser de interés las sentencias recientemente dictadas por el Tribunal Constitucional español sobre la constitucionalidad de ciertas medidas tomadas por la legislación española contra la violencia de género; véanse, por ejemplo, las sentencias 12/2008, 59/2008 y 76/2008, entre otras. Los planteamientos originales del TC en materia de igualdad pueden encontrarse en las sentencias 216/1991 (caso de las mujeres aviadoras), 147/1995 (caso ESK, relativo a discriminación indirecta por razón de sexo), 128/1987 (caso guarderías, sobre acciones afirmativas) y 42/1993 (caso Fernández, sobre igualdad en la aplicación de la ley. Una exposición más detallada de los casos (así como la cita de otros muchos) se encuentra en Bilbao Ubillos, Juan María y Rey Martínez, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003, pp 105 y ss.

<sup>10</sup> La idea de la igualdad sustantiva parte de la afirmación de Aristóteles en el sentido de que la justicia consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Es decir, no sería justo tratar como iguales a quienes no lo son y no lo pueden ser porque carecen de las posibilidades para alcanzar una situación igualitaria. Podríamos suponer que los hombres y las mujeres son, en principio, iguales para el efecto de su tratamiento por la ley; pero si acudimos a las estadísticas comprobaremos que esa igualdad jurídica se materializa en severas desigualdades fácticas, lo cual significa por ejemplo que las mujeres están relegadas en muchos ámbitos, no porque la ley les prohíba ingresar en ellos, sino porque las formas de convivencia social y muchos prejuicios se los impiden. Lo mismo sucede con algunas minorías; es verdad que no hay una ley que impida que las personas de color puedan acudir a las universidades en Estados Unidos, pero todas las evidencias demuestran que su ingreso en ellas es notablemente inferior respecto a las personas de raza blanca.

la fracción V de su artículo 12, cuando establece que es competencia del gobierno federal: “garantizar la igualdad de oportunidades, mediante la adopción de políticas, programas, proyectos e instrumentos compensatorios como *acciones afirmativas*”.

### III. LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN

En el análisis de las normas que desarrollan el mandato de igualdad entre mujeres y hombres creo que debe reservarse un lugar muy especial para la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD, en lo que sigue), dado que constituye la columna vertebral del conjunto del ordenamiento jurídico mexicano en la materia y puesto que contiene normas muy avanzadas sobre el tema que nos ocupa.

La ley tuvo como origen remoto o mediano un proyecto redactado por la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, que estuvo trabajando durante buena parte de 2001 y que llegó a hacer público un anteproyecto articulado.<sup>11</sup> En esa Comisión trabajaron más de 160 personas, muchas de ellas pertenecientes a grupos sociales que han sido tradicionalmente discriminados en México (personas con discapacidad, indígenas, personas con creencias religiosas o con tendencias sexuales distintas a las mayoritarias, mujeres, etcétera).

Aunque el texto de la ley, como veremos enseguida, se apartó en aspectos importantes del proyecto de la Comisión Ciudadana, es claro que los legisladores tuvieron en ese proyecto su principal insumo de trabajo, y que muchas de las propuestas novedosas que en él se establecieron finalmente adquirieron fuerza de ley.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis diferentes capítulos.

La primera cuestión a destacar del contenido de la LD es la que tiene que ver con el concepto de discriminación. En su artículo 4o. nos presenta el concepto de discriminación que le pareció adecuado al legislador; su texto es el siguiente:

Para los efectos de esta Ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo,

<sup>11</sup> El texto completo puede encontrarse en Carbonell, Miguel, “Legislar contra la discriminación”, *Derechos fundamentales y Estado. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

Como se puede observar, el artículo 4o. de la LD no se limita a transcribir el hoy párrafo quinto del artículo 1o. constitucional, sino que agrega algunos conceptos interesantes, como por ejemplo la cuestión de la xenofobia y el antisemitismo.<sup>12</sup>

En el proyecto ciudadano de Ley contra la discriminación se incluía en el concepto de discriminación, la llamada “discriminación indirecta”; el artículo 4 del proyecto tenía un párrafo tercero, el cual establecía: “será considerada discriminación toda ley o acto que, siendo de aplicación idéntica para todas las personas, produzca consecuencias perjudiciales para las personas en situación de vulnerabilidad”.

Fernando Rey Martínez define a las discriminaciones indirectas por razón de sexo —aunque el concepto puede ser extendido a los otros tipos de discriminación— como:

aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> En este punto la LD recoge una de las grandes líneas de tendencia que se observa en el derecho internacional de los derechos humanos; un antecedente de la regulación de la LD puede encontrarse en la Declaración y programa de acción de Viena, dictada con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos organizada por la ONU en esa ciudad de Austria en 1993; en ese documento puede leerse que “el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos. La pronta y amplia eliminación de todas las formas de racismo y discriminación racial, de la xenofobia y de otras manifestaciones conexas de intolerancia es una tarea prioritaria de la comunidad internacional” (párrafo 15; en el mismo documento, sobre el tema, pueden verse también los párrafos 19 a 23). Esta Declaración tuvo continuidad en los trabajos de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas conexas de intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica, en septiembre de 2001. Tanto la Declaración de Viena como las conclusiones de la Conferencia de Durban pueden consultarse en Carbonell, Miguel *et al.*, (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, Porrúa-CNDH, 2003, t. II, pp. 1311-1424.

<sup>13</sup> *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 64.

Un segundo tema interesante del texto de la LD es el que tiene que ver con las cuestiones interpretativas. Los artículos 6o. y 7o. de la LD contienen algunas pautas interpretativas que deben tomarse en cuenta en la aplicación de la propia ley, y que en alguna medida suponen una aportación novedosa para el ordenamiento jurídico mexicano.

El artículo 6o. dispone que:

La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable.

Como se puede apreciar, el artículo 6o. incorpora como un canon hermenéutico de la LD a los instrumentos de derecho internacional relacionados con el tema de la igualdad y con la no discriminación. Esto significa que el intérprete, al darle sentido a alguna disposición de la LD, lo deberá hacer tomando en cuenta esos instrumentos. En el proyecto ciudadano, el artículo 6o. tenía una redacción más amplia y, a la vez, más concreta; el texto que había propuesto la Comisión Ciudadana era el siguiente:

El contenido de esta ley se interpretará tomando en cuenta la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano, así como las recomendaciones y resoluciones adoptadas en los organismos multilaterales y regionales, particularmente las que se refieren a la discriminación, el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia. La actuación de las autoridades deberá apegarse a lo establecido por dichos instrumentos y a la interpretación de los mismos que hayan realizado los órganos internacionales especializados.

Una cuestión muy novedosa y positiva del artículo 6o. de la LD, que como se acaba de mencionar ya había sido incorporada en la propuesta de la Comisión Ciudadana, es que los intérpretes no solamente deben tomar en cuenta el texto de los tratados internacionales, sino también las “recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales” que se hayan expedido con fundamento en esos tratados. La consecuencia práctica de esta disposición es muy relevante: la LD incorpora al derecho mexicano un conjunto de recomendaciones y resoluciones muy amplias e importantes, dictadas por los diversos Comités de la ONU para dar contenido y sentido a los tratados internacionales en materia de dere-



chos humanos.<sup>14</sup> Así por ejemplo, en la materia que nos ocupa, se deberán tomar en cuenta las Observaciones Generales núm. 4 y 28 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (dedicadas, en ambos casos, a la interpretación del artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que contiene una cláusula de igualdad), las Observaciones Generales número 16 y 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la propia ONU y las Recomendaciones Generales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, entre otros textos normativos.<sup>15</sup>

Por su parte, el artículo 7o. de la LD señala que “Para los efectos del artículo anterior, cuando se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sean afectados por conductas discriminatorias”. Este precepto también incorpora una novedad importante en materia de derechos humanos. Por una parte, asume una postura moderna en materia de interpretación jurídica al entender que un mismo texto puede tener distintos significados posibles, varios de los cuales pueden ser perfectamente congruentes con lo dispuesto en la Constitución. Por otro lado, le señala al intérprete la obligación de elegir de entre esos significados el que mejor proteja a los grupos en situación de vulnerabilidad. Aunque la ley no lo establece expresamente, se debe entender que al realizar esa elección el intérprete tendrá que justificarla y explicarla, lo cual exige una argumentación jurídica muy sólida y rigurosa.

El reconocimiento de que la ley puede tener diversos sentidos interpretativos —uno o más de los cuales pueden ser válidos— y que, en consecuencia, no siempre hay una única respuesta correcta para todos los problemas, supone la aplicación de las más modernas teorías, no solamente en materia de derecho constitucional, sino también en materia de interpretación jurídica.<sup>16</sup>

Se puede decir, como queda de manifiesto en el texto de los artículos 6o. y 7o., que la LD es una ley muy sensible al derecho internacional, no solamente porque explícitamente lo cita y lo recoge con notable amplitud, sino

<sup>14</sup> Una introducción al régimen jurídico de esas recomendaciones y a su significado para el ordenamiento jurídico mexicano puede encontrarse en Carmona Tinoco, Jorge, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, año 1, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss.

<sup>15</sup> Una compilación muy amplia de las observaciones y recomendaciones generales expedidas por diversos comités de la ONU en materia de derechos humanos puede verse en Carbonell, Miguel *et al.*, (comps.), *op. cit.*

<sup>16</sup> Sobre el tema puede verse la excelente obra colectiva: Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa, 2005, 2 ts.

también porque de forma implícita toma varios textos de tratados internacionales y los convierte en legislación interna. Así por ejemplo, el artículo 3o. de la LD dispone que:

Cada una de las autoridades y de los órganos públicos federales adoptará las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, de conformidad con la disponibilidad de recursos que se haya determinado para tal fin en el Presupuesto de Egresos de la Federación del ejercicio correspondiente, para que toda persona goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en las leyes y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte.

En el Presupuesto de Egresos de la Federación para cada ejercicio fiscal, se incluirán, las asignaciones correspondientes para promover las medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades a que se refiere el Capítulo III de esta Ley.

Es evidente que el precepto transcrito está claramente inspirado en el artículo 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo texto es el siguiente:

Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

Quizá el texto de la LD podría considerarse una mala copia del artículo 2.1. del Pacto. El proyecto de la Comisión Ciudadana se había apegado de forma más estrecha a lo dispuesto por el pacto; el texto de su artículo 3o. señaló:

Cada una de las autoridades y de los órganos públicos adoptará todas las medidas que estén a su alcance, tanto por separado como coordinadamente, hasta el máximo de recursos de que dispongan, para que toda persona que se encuentre en el territorio nacional goce, sin discriminación alguna, de todos los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además de las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, la LD también recoge influencias del derecho constitucional comparado, por ejemplo en su artículo 2o. cuando establece que:

Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de Gobierno y de los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.

Se trata de un precepto claramente inspirado en los artículos 9.2. de la Constitución española de 1978 y 3.2. de la Constitución italiana de 1947. El punto de partida del legislador mexicano se encuentra en el concepto de “igualdad sustancial”, que busca asegurar no solamente el igual trato frente a la ley, sino el goce de condiciones de igualdad reales, que permitan hacer efectivas las libertades y los demás derechos fundamentales. La consecución de este tipo de igualdad depende, en buena medida, de que el Estado se decida a implementar medidas compensatorias y acciones positivas en favor de los grupos discriminados.

El capítulo II de la ley se denomina “Medidas para prevenir la discriminación” y contiene un solo artículo (el 9o. de la LD), en el cual se realiza una enumeración prolija de las conductas que se consideran discriminatorias en un total de XXIX fracciones.

El proyecto ciudadano consideró, quizá observando una mejor técnica legislativa, que era conveniente que se hicieran distinciones en relación con varios de los grupos en situación de vulnerabilidad y que, respecto a cada uno de ellos, la ley describiera las conductas discriminatorias más comunes que les afectaban (artículos 10 a 16 del proyecto); además, el proyecto ciudadano comenzaba el capítulo de medidas contra la discriminación señalando claramente que las conductas discriminatorias podían ser realizadas tanto por autoridades como por particulares y que podían afectar a cualquier persona que estuviera en el territorio nacional, con independencia de su estatus jurídico; el texto del artículo 9o. del proyecto ciudadano fue el siguiente: “la presente Ley protege a toda persona o grupo de personas, nacionales o extranjeras, que puedan sufrir cualquier acto de discriminación proveniente tanto de las autoridades, los órganos públicos, así como de los particulares”.

Algunas fracciones del artículo 9o. de la LD contienen términos abstractos (incluso ambiguos) que tendrán que ser progresivamente concretizados y dotados de sentido normativo por los intérpretes de la ley. Así, por ejemplo, la fracción XIII se refiere a la “dignidad e integridad humana”, pero no las define; la fracción XIX habla de “condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo, especialmente de las niñas y los niños” (se tendrá que precisar cuáles son esas condiciones); en la fracción XXIII se incorpo-

ra el concepto, muy difundido en el derecho internacional de los derechos humanos, de “trato abusivo o degradante”. Desde luego, que se tenga que precisar el sentido y alcance de sus contenidos posibles no implica que esos preceptos sean superfluos o innecesarios; al contrario, justamente por su deliberada amplitud pueden generar una actividad hermenéutica muy generosa en cuanto a la tutela contra la discriminación, siempre y cuando los intérpretes asuman posiciones progresistas y desligadas de prejuicios.

Algunas de las fracciones del artículo 9o. se aplican claramente a las relaciones entre particulares, con lo cual la LD reconoce una de las tendencias más importantes del constitucionalismo de los últimos años.<sup>17</sup>

La Comisión Ciudadana consideró, con todo acierto desde mi punto de vista, que en países en los que, como sucede en México, existen paisajes sociales profundamente desigualitarios y expresiones discriminatorias tan arraigadas, es necesario tomar medidas drásticas (por llamarlas de alguna forma) para combatir la discriminación. Entre esas medidas se encuentran las que se suelen llamar acciones positivas o medidas de discriminación inversa.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Sobre el tema, Carbonell, Miguel, “Principio de no discriminación y relaciones entre particulares”, *Documento de trabajo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 79, enero de 2006.

<sup>18</sup> El concepto de las acciones positivas y su legitimidad han sido objeto de una intensa discusión en el ámbito del derecho constitucional y de la filosofía política en las últimas décadas; sobre el tema pueden verse, entre otras muchas, las siguientes obras: Ballestrero, María Victoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, Alicante, núm. 19, 1996; Becalli, Bianca (ed.), *Donne in quota. E giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milán, Feltrinelli, 1999; Varios autores, *Mujer y Constitución en España*, Madrid, CEPC, 2000; Elósegui Itxaso, María, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre hombres y mujeres*, Madrid, CEPC, 2003; Giménez Gluck, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Giorgis, Andrea, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Turín, Jovene, 1999; Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel (comp.), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, México, CNDH, 2003; Martín Vida, María Ángeles, *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Madrid, Civitas, 2003; Pérez Portilla, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia jurídica mexicana. Anuario 2003*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2003; Prieto, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 2004; Rodríguez Piñero, Miguel, “Nuevas dimensiones de la igualdad: no discriminación y acción positiva”, *Persona y derecho*, núm. 44, 2001; Rosenfeld, Michel, *Affirmative action and justice. A philosophical and constitutional inquiry*, New Haven, Yale University Press, 1991; Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999. Un tratamiento original y muy lúcido del tema se encuentra en Dworkin, Ronald, *Virtud soberana. Teoría y práctica de la igualdad*, Barcelona, Paidós, 2003. En México el mejor libro sobre la materia, hasta donde tengo información, es el de Santiago Juárez, Mario, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Al diseñar el proyecto ciudadano de ley, la Comisión Ciudadana consideró oportuno que su propuesta contuviera algunas acciones positivas. El capítulo III del proyecto ciudadano llevaba por título, justamente, “Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades” (artículos 17 a 23).

Siguiendo la metodología que ya se había elegido para el capítulo II, el proyecto identificaba medidas positivas específicas para los grupos en situación de vulnerabilidad; de esta manera, el proyecto establecía medidas positivas a cargo de los poderes públicos en favor de las mujeres (artículo 17), de las niñas y los niños (artículo 18), de las personas mayores de 60 años (artículo 19), de las personas con discapacidad (artículo 20), de la población indígena (artículo 21); también contemplaba medidas positivas a cargo de las personas físicas y morales no oficiales, en favor de las mujeres (artículo 22) y en favor de las personas con discapacidad (artículo 23).

Algunas de las medidas contenidas en los artículos mencionados eran ciertamente radicales, como reflejo del carácter progresista que distinguía a varios de los miembros de la Comisión Ciudadana; así, por ejemplo, el proyecto establecía una cuota del 50% de los cargos públicos administrativos y de representación popular en favor de las mujeres (artículo 17, fracción II); también disponía que toda propiedad inmueble otorgada mediante programas de desarrollo social quedara inscrita a nombre de la mujer o, en su defecto, a nombre de ambos cónyuges o convivientes (artículo 17, fracción III). El proyecto establecía porcentajes fijos (del 5%) del total de recursos destinados a la educación preescolar y básica para la atención de las personas con discapacidad (artículo 20, fracción III).

La LD siguió parcialmente el esquema del proyecto ciudadano en la parte en que se identifica a los grupos en situación de vulnerabilidad en favor de los cuales se establecen las cuotas, quedando en su texto los mismos que había propuesto la Comisión Ciudadana (artículos 10 a 14 de la LD). Pero las medidas que fueron finalmente establecidas están redactadas de tal manera que dejan grandes espacios de discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental para decidir el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados. Tomemos como ejemplo las medidas establecidas en favor de las personas mayores de 60 años; el artículo 12 de la LD dispone lo siguiente:

Los órganos públicos y las autoridades federales, en el ámbito de su competencia, llevarán a cabo, entre otras, las siguientes medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades para las personas mayores de 60 años:

I. Garantizar el acceso a los servicios de atención médica y seguridad social, según lo dispuesto en la normatividad en la materia;

II. Procurar un nivel mínimo y decoroso de ingresos a través de programas, conforme a las reglas de operación que al efecto se establezcan:

a) De apoyo financiero directo y ayudas en especie, y

b) De capacitación para el trabajo y de fomento a la creación de empleos, y

III. Garantizar, conforme a la legislación aplicable, asesoría jurídica gratuita así como la asistencia de un representante legal cuando el afectado lo requiera.

Con independencia de lo afortunado de la redacción legislativa que finalmente quedó en la LD, lo cierto es que a partir de su entrada en vigor existe una obligación expresa para diversas entidades de la administración pública, a fin de hacer efectivos los mandatos de la propia ley. En el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, que es emitido por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación conforme a lo establecido por el artículo 20, fracción II, de la LD, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el capítulo III de la propia LD.

#### IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En los apartados precedentes se ha intentado aportar una descripción del marco jurídico en materia de igualdad de género y de no discriminación que tenemos en México, sobre todo a nivel federal. Para finalizar este ensayo quizá convendría realizar algunas reflexiones sobre las perspectivas y los temas pendientes en la materia.

El paso más importante que se podría dar en México para robustecer el marco jurídico del derecho a no ser discriminado consiste en la expedición de leyes locales en la materia. La ley federal, como ya ha quedado expuesto, supone un avance importante, pero cubre solamente una parte de las conductas discriminatorias (y una parte menor, si se me permite la observación). Será muy importante que los gobiernos locales tomen conciencia de la relevancia del tema y que se comprometan a realizar esfuerzos para expedir y hacer eficientes leyes locales sobre el mismo.

Otra cuestión que tendremos que abordar en los siguientes años tiene que ver con una posible reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.<sup>19</sup> Luego de algunos años de experiencia práctica quizá

<sup>19</sup> Carbonell, Miguel, *Estudio sobre la reforma a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, México, Conapred, 2008, pp. 11-56.

convenga hacer distintos ajustes que la hagan más operativa. Uno de ellos seguramente deberá darse dentro de los preceptos dedicados a los procedimientos que lleva a cabo el CONAPRED, pues la actual regulación contiene algunas omisiones o imprecisiones que permiten, por ejemplo, que los particulares que enfrentan quejas ante el Consejo no se sientan del todo obligados a acudir al llamado de dicho órgano.<sup>20</sup>

Un tema que merece también ser revisado es el referido a las sanciones; si bien es cierto que debe evitarse la introducción de medidas penales para combatir la discriminación, también es verdad que la ley federal podría incorporar mecanismos que incrementen el grado de coerción de la misma; en particular, sería interesante establecer sanciones económicas para los particulares que discriminen (sanciones que podrían tomar la forma de multas y que deberían ser cuantiosas en algunos supuestos especialmente graves o cuando se dieran actos de discriminación reiterados por parte de algún particular).

Con todo, el marco jurídico es solamente un elemento dentro del conjunto de acciones que se deben tomar en consideración para combatir la discriminación en México y para avanzar hacia una mayor igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Podemos tener buenas o regulares leyes, pero si los habitantes del país y sus autoridades no toman conciencia de la importancia del combate a la discriminación es muy poco lo que valdrán todas las regulaciones jurídicas. De hecho, actualmente uno de los principales obstáculos para una adecuada aplicación de la legislación existente es la escasa cultura de la no discriminación que sigue existiendo en México.<sup>21</sup>

Los actos discriminatorios no son percibidos como tales y, en consecuencia, no son llevados ante las instancias que podrían sancionarlos. Existe una especie de “barrera visual” que nos impide darnos cuenta de los miles de actos cotidianos de discriminación que se cometen en el país. Por eso es que el trabajo sobre la representación cultural de la discriminación tiene tanta importancia. Constituye un requisito para poder aplicar en la realidad el marco jurídico que tengamos en la materia.

<sup>20</sup> Carbonell, Miguel, *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación comentada*, México, Conapred, 2007, pp. 141 y ss.

<sup>21</sup> Al respecto, son muy ilustrativos los resultados de *Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México*, México, Secretaría de Desarrollo Social-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, junio de 2005; dichos resultados pueden ser consultados tanto en la versión impresa como en la página web de la secretaría ([www.sedesol.gob.mx](http://www.sedesol.gob.mx)). A principios de 2011 se dieron a conocer los resultados de la Segunda Encuesta, los cuales pueden ser consultados en [www.conapred.org.mx](http://www.conapred.org.mx).

Para alcanzar el cambio cultural que necesitamos hay que estar advertidos de que la lucha contra la discriminación no es neutral, sino que supone romper con modelos de relaciones sociales que durante décadas han estado muy asentados. La ampliación del sufragio hacia todas las personas mayores de edad, la abolición de la esclavitud, el reconocimiento de los mismos derechos a las mujeres, la incorporación de los extranjeros a la ciudadanía plena, la equiparación de las uniones entre personas del mismo sexo, etcétera, son todas ellas conquistas que han venido a romper con ámbitos de “normalidad” que se pensaba que podrían durar para siempre. Todas esas luchas en favor de la igualdad y en contra de la discriminación son a la vez luchas por la dignidad humana y por la racionalización de la convivencia. Por eso es tan importante que estén apoyadas por el mejor ordenamiento jurídico que seamos capaces de construir.





# COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES INDÍGENAS EN MÉXICO *VS.* USOS Y COSTUMBRES

María de Montserrat PÉREZ CONTRERAS\*

SUMARIO: I. *Aproximación al tema.* II. *Mujer indígena.* III. *Cultura y género: la discriminación.* IV. *Derechos humanos, usos, costumbres y mujer indígena.* V. *Reflexiones finales.*

## I. APROXIMACIÓN AL TEMA

En el marco de los derechos humanos, en el ámbito internacional, en 1989 fue adoptado el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales. En un primer acercamiento observamos que el Convenio regula las obligaciones de los Estados parte en el sentido de conminarlos a adoptar todas las medidas para lograr que las personas pertenecientes a estos pueblos gocen de los derechos a la igualdad de oportunidades, a la igualdad de trato para hombres y mujeres, así como de protección contra cualquier tipo de discriminación.<sup>1</sup>

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, en 2007, adoptó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que coadyuva al cumplimiento del Convenio 169, y completa las disposiciones dirigidas a reconocer y proteger, el uso, goce y ejercicio de los derechos humanos de las y los indígenas, así como los derechos colectivos de estos pueblos a la libre determinación, autonomía y autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales.<sup>2</sup>

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Convenio 169 de la OIT*, Cuadernos de Legislación Indígena, Coordinación Editorial de la CDI, México, 2003.

<sup>2</sup> Resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptada el 10 de diciembre de 2007 (A/RES/61/295), artículos 1o. y 3o.

La Declaración señala que los Estados parte deben trabajar y tomar las medidas para mejorar la condición de las mujeres como uno de los grupos vulnerables, particularmente en lo relativo al aspecto social, al económico y a la discriminación y la violencia.<sup>3</sup>

En 2006, el Comité de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer recomendó al gobierno mexicano tomar todas las medidas necesarias para erradicar la pobreza, la violencia y la discriminación que se ejerce contra las mujeres indígenas.<sup>4</sup>

Igualmente, para este estudio se consideran fundamentales las disposiciones que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran la protección de los derechos indígenas. Entre ellas se reconoce la diversidad cultural que constituye el país. El artículo 2o., primer párrafo, dice:

La nación mexicana es única e indivisible. 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.

Reconoce los derechos de grupo o colectivos indígena al señalar, en el párrafo IV del mismo artículo constitucional, que: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Con este artículo se busca garantizar la participación de las mujeres indígenas en igualdad de condiciones y en equidad con los varones, crear las condiciones que permitan a la mujer indígena integrarse al desarrollo. Lo cual queda subrayado al tenor de los artículos 1o. y 4o. constitucionales con relación a la prohibición de actos de discriminación y la igualdad del varón y la mujer en —y frente a— la ley.

Contamos también con la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas que establece como uno de sus objetivos fundamentales incluir la perspectiva de género en las políticas, programas y acciones del gobierno federal para lograr la plena participación, la igualdad de oportunidades y la equidad para garantizar el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las mujeres indígenas.

<sup>3</sup> *Ibidem*, artículo 21, numeral 2.

<sup>4</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México (doc. CEDAW/C/MEX/CO/6), 36o. periodo de sesiones, Naciones Unidas, 2006, p. 7.

Así las cosas y a pesar de lo anterior, como sabemos, en las comunidades indígenas existe un conjunto de personas, en lo colectivo y en lo individual, que cuenta con dos condiciones que las colocan en situación de vulnerabilidad: a) el ser mujer y b) el ser indígena.

Quiero continuar con las siguientes y breves reflexiones plateando algunas interrogantes. La primera de ellas, muy obvia pero fundamental: ¿quién es la mujer indígena?

## II. MUJER INDÍGENA

La respuesta a esta interrogante la encontramos en los conceptos manejados en diversos instrumentos jurídicos, tal es el caso del artículo 2o. del Convenio 107<sup>5</sup> y el mismo artículo del Convenio 169, ambos de la OIT, sobre pueblos indígenas y tribales.

Igualmente la encontramos en el segundo párrafo del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>6</sup>. Del contenido de los mismos se infiere que mujeres indígenas son:

Las personas del sexo femenino que descienden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización, que pueden ser, por ejemplo, de ascendencia maya, tzotzil, tzeltal, entre otros; con su propia concepción de la vida y que mantienen su identidad en la práctica de sus usos y costumbres, idiomas, vestuario, prácticas sociales, económicas, culturales o parte de ellas.

En este sentido, sobre las mujeres indígenas el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas,<sup>7</sup> señala que:<sup>8</sup>

<sup>5</sup> El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, número 107, fue el primer intento de regular con una perspectiva de derechos humanos las obligaciones internacionales de los Estados con relación directa a los pueblos indígenas y tribales. La OIT lo adoptó en 1957, posteriormente el Convenio fue revisado por una comisión especial durante un año, en 1988, lo que dio como resultado que en 1989 se presentara y se adoptara por la OIT el Convenio número 169. A partir de ese año, el Convenio 107 ya no quedó abierto para ratificación. México denunció este Convenio en 1990.

<sup>6</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001.

<sup>7</sup> El Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas es un organismo asesor del Consejo Económico y Social, que tiene como objetivo revisar y analizar las cuestiones indígenas relacionadas con el desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos.

<sup>8</sup> En su tercer periodo de sesiones, realizado en Nueva York del 10 al 21 de mayo de 2004.

La circunstancia de que las mujeres indígenas no constituyan una categoría homogénea, pues plasman una amplísima variedad de culturas con diferentes necesidades y problemas, debiera ser una premisa central en la formulación de las normas y programas.<sup>9</sup>

Como se observa, es difícil catalogar las mujeres indígenas, ya que viven y se desarrollan en distintos escenarios. Sin embargo, aun cuando coinciden con mujeres de todo el mundo en muchos de los problemas relativos a la pobreza, a los derechos humanos y al desarrollo económico y social, también presentan, debido a su característica cultural, de origen y étnica específica, una problemática particular y fundamental respecto a su desarrollo y oportunidades en estos aspectos. Se puede afirmar que esta última situación las coloca en una situación de vulnerabilidad

El Foro señala igualmente que:<sup>10</sup>

Hace falta que se ponga especial atención en las medidas tendentes, en el nivel general, a mantener la integridad de la mujer indígena, considerar la perspectiva de género y los aspectos de la discriminación racial contra los pueblos indígenas.

Integrar en todas las entidades competentes, gubernamentales y no gubernamentales, tanto nacionales como internacionales, la perspectiva de género relacionada con los pueblos indígenas.

Considerar las necesidades y problemas especiales de las mujeres indígenas en sus programas y políticas.

Vigilar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos, por las mujeres indígenas, especialmente los consagrados en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Integrar los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular los de la mujer, para crear políticas públicas al nivel nacional congruentes con las necesidades reales de las mujeres indígenas.

En este sentido se encuentran los contenidos del inciso B, párrafo primero del artículo 2o. relacionado con los artículos 1o. y 4o. constitucionales, al señalar:

B. La Federación, los estados y los municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para ga-

<sup>9</sup> Consejo Económico y Social, Suplemento núm. 23, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el tercer periodo de sesiones, E/2004/43, E/C.19/2004/23, Naciones Unidas, Nueva York, 2004, inciso B, numeral 1, p. 4.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 5-8.

rantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

### III. CULTURA Y GÉNERO: LA DISCRIMINACIÓN

La cultura resulta un elemento fundamental para el desarrollo, la integridad, el goce y el ejercicio de sus derechos humanos y de la vida, en el día a día de las mujeres indígenas. Sobre este punto el Foro señala que:

24. La cultura, definida en sentido lato como el acervo compartido de valores, creencias y prácticas o, en pocas palabras, la “forma de vida”, está íntimamente relacionada con el proceso de desarrollo, por lo que en ella influyen las relaciones de poder a escala mundial... Así pues, se da primacía a los sistemas de conocimientos basados en el modelo occidental y orientados hacia el hombre, mientras que los sistemas de conocimientos indígenas y tradicionales se infravaloran, se pasan por alto o se consideran meros “obstáculos para el desarrollo”. De este modo, los sistemas de conocimientos de las mujeres indígenas, como esencia de su expresión e identidad culturales, se enfrentan, por una parte, al etnocentrismo occidental y, por otra, al etnocentrismo basado en el dominio del hombre.<sup>11</sup>

Como resultado de lo anterior, la mujer indígena, además de la discriminación sufre la violencia de género, la humillación y hasta de algún tipo de explotación o comercio sexual.<sup>12</sup>

En este sentido planteamos otra pregunta que nos parece pertinente responder en cuanto a la comprensión por cuanto al goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de la mujer indígena, que es la siguiente: ¿cuál es la situación de las mujeres indígenas frente a la discriminación y la violencia de que son objeto dentro y fuera de sus comunidades?

El relator especial de las Naciones Unidas para los pueblos indígenas en 2001, señaló como objetivo particular prestar atención especial a la discriminación contra las mujeres indígenas desde la perspectiva del género.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>12</sup> Para más información véase García Medina, Carlos, “Derechos humanos: mujeres indígenas en México”, *Terra Nueva Etapa*, vol. XXVI, núm. 39, enero-junio de 2010, Universidad Central de Venezuela, p. 103.

<sup>13</sup> Kambel, Ellen-Rose, *Guía sobre los derechos de la mujer indígena bajo la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer*, Reino Unido, Forest Peoples Programme, 2004, p. 3.

UNICEF también abre foros sobre el tema, en los que las representantes indígenas señalan su preocupación por la discriminación de que son objeto y la falta de respuesta a este problema.<sup>14</sup>

Mujeres indígenas de diversos países de América Latina y el Caribe plantearon que la discriminación por sexo, raza y color, así como la violencia sexual, falta de acceso a los servicios de salud y la educación, la migración y la muerte materna, son algunos de los severos problemas que enfrentan en sus comunidades, a donde no se han materializado los programas nacionales ni los convenios o acuerdos internacionales.

Las mujeres indígenas viven prácticas discriminatorias, que implican violencia y violaciones a derechos humanos, que culturalmente se reproducen y transmiten a las nuevas generaciones, y que tienen como sustento una relación de poder-subordinación ejercida por los varones sobre ellas, tanto a nivel nuclear como en la comunidad:

Las identidades de género se construyen en un proceso individual y colectivo, y se afirman continuamente.

... la familia [las comunidades y pueblos indígenas] se encuentra atravesada por prácticas de poder y autoridad y, por ende, es también en este ámbito en donde se inicia la construcción de sujetos con distintos grados de autonomía y capacidades de decisión.<sup>15</sup>

La explicación de este hecho la encontramos en que la situación de las mujeres indígenas está marcada por la discriminación que se dan en las relaciones de género; sin embargo, este factor es aceptado, consentido y valorado como parte de los usos, las costumbres y la identidad de sus comunidades sobre la base de un sistema patriarcal que otorga un lugar secundario a la mujer.

El patriarcado es la organización política, ideológica y jurídica de la sociedad, cuyo paradigma es el hombre, en él

las relaciones de género son desiguales. En ellas, uno de los géneros, el integrado por los hombres, domina al otro, el que forman las mujeres. La vida se estructura en referencia al hombre (los hombres), que es quien tiene el poder de decisión sobre la vida y, con éste, el poder de construir la sociedad, la cultura y la historia, y de subsumir en este proceso a la mujer (las mujeres). A este

<sup>14</sup> Véase [http://www.unicef.org/lac/media\\_11844.htm](http://www.unicef.org/lac/media_11844.htm) (consultada el 5 de marzo de 2012) y <http://www.cimacnoticias.com.mx/noticias/05mar/05031007.html> (consultada el 27 de febrero de 2012).

<sup>15</sup> Faur, Eleonor, *Masculinidades y desarrollo social*, Colombia, UNICEF, 2004, p. 118.

proceso de dominio genérico y a las estructuras y formas a que da lugar en la vida cotidiana se le llama patriarcado.<sup>16</sup>

Durante más de un siglo las mujeres indígenas han vivido en un sistema patriarcal, construido sobre la base de un sistema sexista, que ha promovido procesos que desconocen la igualdad y la diversidad, basado en estereotipos y relaciones de género que discriminan a las personas por su sexo, etnia y situación económica.

#### Las relaciones de género

son sumamente jerarquizadas, se construyen gracias a la acción de una serie de mitos, prejuicios y estereotipos respecto del rol de la mujer, así como de una serie de procesos culturales que contribuyen a crear, mantener y justificar dicha relación. Cambiar esta situación, es decir, transformar estas relaciones de género, implica necesariamente un cambio cultural profundo y radical.<sup>17</sup>

Las mujeres indígenas continúan con desventajas ostensibles lo que sigue contribuyendo a mantener su marginación social con base en la identidad y el rol de género de la mujer:

Las identidades de género aluden al modo en que el ser mujer u hombre viene prescrito socialmente por la combinación del rol y estatus atribuidos a una persona en función de su sexo y que son internalizados por cada persona, siendo éstas complementarias e interdependientes con las asignadas al otro sexo; es así como se atribuyen características contrapuestas como dependencia en las mujeres e independencia en los hombres.

El rol de género “se forma con el conjunto de normas y prescripciones que dicta la sociedad y la cultura sobre el comportamiento femenino o masculino. Aunque hay variaciones de acuerdo a la cultura, a la clase social, al grupo étnico y hasta al nivel generacional de las personas”.<sup>18</sup>

En este sentido, si bien la CEDAW no hace referencia específica al caso de los derechos de las mujeres indígenas en su contenido,<sup>19</sup> también es cierto que, en recomendaciones a los Estados parte —como ya vimos antes en este trabajo, y tomando como modelo las disposiciones relativas a la mujer rural y sus objetivos generales hacia la mujer, sin distinción alguna— sí establece

<sup>16</sup> Baeza Solís, Marcela *et al.*, *Discriminación de género al interior de la familia: estudio de casos de mujeres que presentan retraso mental leve residentes en la comuna de Temuco*, Chile, Universidad Católica de Temuco, Facultad de Artes, Humanidades y Ciencias sociales, Escuela de Trabajo Social, 2004, p. 27.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>19</sup> Véase *supra*, nota 4.



su interés y compromiso por superar la situación que vive la mujer indígena al señalar:

Artículo 5o.:

Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

La mujer es considerada, familiar y comunitariamente, como un complemento del hombre, sin vida propia. La mujer sólo justifica su función social cuando se convierte en esposa y madre. Todo esto al ser una práctica reiterada y al ser asumidos como hábitos o hechos cotidianos desaparecen de la conciencia individual y colectiva como elementos negativos y se transmiten automáticamente como valores aceptados social y comunitariamente.

Todo ello es parte de una forma de vida, determinada por sus formas de convivencia, organización social y cultural, que evidentemente tienden a ignorar el verdadero valor y la importancia de la participación de la mujer indígena tanto en la familia como en la comunidad y la sociedad:

La articulación de las jerarquías y estructuras de discriminación de género, clase, etnicidad parecen constituir un complejo de relaciones y situaciones que afectan de manera directa a los derechos humanos de estas mujeres y se constituye en uno de los pilares que sustentan las estructuras de dominación.<sup>20</sup>

#### IV. DERECHOS HUMANOS, USOS, COSTUMBRES Y MUJER INDÍGENA

Las mujeres indígenas tienen mayores riesgos de ser víctimas de violencia a causa de la persistencia de las prácticas, usos y costumbres tradicionales, que mantienen y refuerzan el papel de subordinación de la mujer.

Vayamos a los ejemplos. En efecto, existen prácticas que permiten la venta o intercambio de niñas y mujeres, que alientan la violencia familiar y establecen las pautas para la permanencia de conductas discriminatorias que marcan la inferioridad y la subordinación de un género sobre el otro: “Éste problema se presenta principalmente por el grave retraso que se vive

<sup>20</sup> Peredo Beltrán, Elizabeth, *Una aproximación a la problemática de género y etnicidad en América Latina*, Serie Mujer y Desarrollo, núm. 53, Chile, CEPAL, 2004, p. 43.

en las zonas indígenas, por el analfabetismo, ignorancia, escasos recursos económicos y en general, por el machismo”.<sup>21</sup>

En México ha habido grandes avances en el reconocimiento formal de los derechos de las personas y comunidades indígenas, incluidas sus prácticas tradicionales;<sup>22</sup> sin embargo, “Las mujeres indígenas valoran este reconocimiento pero al mismo tiempo cuestionan aquellos usos y costumbres que afectan su dignidad y sus derechos como personas”.<sup>23</sup>

Otro ejemplo sobre discriminación está asociado a los roles reproductivos y domésticos de la mujer; por lo mismo, las niñas suelen estar “preparadas” para contraer matrimonio aproximadamente a los 14 años. Existen prácticas de matrimonios arreglados en los que no se considera el consentimiento y la voluntad de la menor o de la mujer, en su caso.

Un ejemplo más es en el campo de la educación, donde existe un rezago en el caso de la mujer indígena, pues los estándares de acceso a la educación formal no son los esperados. En este campo también se manifiesta un alto porcentaje de deserción escolar, por parte de niñas y mujeres. Este aspecto es importante de tener en cuenta, ya que:

La mayor igualdad de oportunidades se produjo en los niveles altos, manteniéndose las mayores discriminaciones en los grupos rurales pobres y ha persistido la diferencia entre las ‘muy educadas’ y las analfabetas [...], En los textos de educación básica se mantiene la imagen de la mujer en los roles tradicionales.<sup>24</sup>

Desde el punto de vista cultural, en razón del proceso de colonización, se sobrevalora el papel del hombre indígena, lo que resulta fundamental en la organización social, ya que presenta como resultado comunidades y pueblos con sistema patriarcal, lo que trajo como consecuencia que se relegara a la mujer indígena a un papel secundario.

De tal suerte, podemos ver que la educación informal, aunada con algunos elementos religiosos, se han convertido en medios sociales de control

<sup>21</sup> <http://www.ORIZABAENRED.COM.MX/cgi-bin/web?b=VERNOTICIA&%7Bnum%7D=51128> (consultada el 29 de febrero de 2012).

<sup>22</sup> Son usos y costumbres las formas de autogobierno y los propios sistemas de normas que se practican, aplican y conservan originariamente regulando la vida de las comunidades y pueblos indígenas.

<sup>23</sup> [http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/11PE\\_mujeres\\_indigenas\\_cast.pdf](http://www.noticiasaliadas.org/objetos/informe/11PE_mujeres_indigenas_cast.pdf) (consultada el 29 de febrero de 2012).

<sup>24</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe, *Informe de la Cuarta Conferencia Regional sobre la Integración de la mujer en el Desarrollo Económico y Social de América Latina y el Caribe*, Guatemala, CEPAL, 1988, documento LC/G.1539 (CRM.4/13), rubro de evaluación, numerales 12 y 13.

informal que afectan sobre todo a la mujer, quien es perjudicada por el machismo, el individualismo y la marginación por parte del hombre, sobre este esquema de vida.

De una manera u otra, tanto mujeres como hombres han asimilado estos antivalores, haciéndolos, como ya dijimos, parte de sus costumbres, organización social y de su forma de vida.

En este sentido podemos hacernos una última pregunta:

La práctica de conductas, usos, costumbres, tradiciones, formas internas de convivencia, cultura y el respeto a las mismas por los indígenas y tolerancia por el resto de la sociedad, ¿justifican su existencia cuando son claramente violatorias de la dignidad y el valor de la persona humana, particularmente los de la mujer?

Podemos entender a los derechos humanos como las facultades y prerrogativas<sup>25</sup> que tiene la persona humana, que le corresponden por su propia naturaleza, indispensables para asegurar su pleno desarrollo dentro de la sociedad, mismos que deben ser reconocidos y respetados por el Estado y sus órganos de gobierno, así como hacerlos respetar por los particulares, al ser garantizados por el orden jurídico.<sup>26</sup>

En principio, sabemos que los derechos humanos son eternos, porque siempre pertenecerán al hombre como individuo, como ser humano. Son supra temporales porque no tienen tiempo, sólo existen. Son universales porque son para todos los seres humanos sobre la tierra. Y son progresivos porque establecen las exigencias de la dignidad y el valor de la persona humana en cada momento del desarrollo de la vida humana. Por lo que se aplican independientemente de cualquier característica que se asigne al ser humano, sea el origen étnico o el sexo, en este caso concreto.<sup>27</sup>

Además, existen instrumentos jurídicos de derechos humanos, de carácter internacional, suscritos por México, los cuales señalan el compromiso de los Estados parte de respetar y garantizar, a todos los individuos, los derechos reconocidos en ellos sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, social o cualquier otra condición, último caso en el que definitivamente queda incluida la relativa al origen étnico.

<sup>25</sup> Privilegio, gracia o exención que se concede legalmente a una persona en atención a su dignidad, empleo o cargo. Véase Pina, Rafael de, y Pina Vara, Rafael de, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 1988.

<sup>26</sup> Para mayor información, véase Bidart Campos, German J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1993, pp. 1-6.

<sup>27</sup> Para más información, véase Levin, Leah, *Derechos humanos*, México, Editorial Correo de la UNESCO, 1999, pp. 20 y ss.

Específicamente el Pacto sobre derechos Civiles y Políticos, en su artículo 27 señala:

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 tener su propia vida cultural, a practicar y profesar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Por su parte, el Convenio 107, sobre Poblaciones Indígenas y Tribales, señala en su artículo 4o. que se deberán tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones.

Asimismo, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes señala en su artículo 2o. que: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad”.

Asimismo, el artículo 5o. del mismo Convenio anota: “Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos...”.

Y en congruencia con estos compromisos, a partir de las reformas del 14 de agosto, el artículo 2o. de nuestra carta magna, apartado A, señala:

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, cultural,
- II. Así como sus sistemas normativos.
- III. Preservar y enriquecer todos los elementos que constituyan su cultura y su identidad...

No obstante estas disposiciones, claramente promotoras y tutelares, sí existe un límite para cuando sus formas de convivencia, organización social y cultural permiten y alientan prácticas constitutivas de hechos violatorios a los derechos humanos, entre ellos tanto la discriminación como la violencia contra la mujer, y aquellas que atenten contra su salud y su desarrollo.

El mismo Convenio 107 en su artículo 7 señala: “Dichas poblaciones podrán mantener sus propias costumbres o instituciones cuando éstas no

sean incompatibles con el ordenamiento jurídico nacional o con los objetivos de integración y con los programas que para este fin se desarrollen”.

En este orden de ideas, el Convenio 169 en su artículo 8o. establece:

Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres y sus instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por cuanto a la discriminación y la violencia contra la mujer indígena, en concreto, el artículo 3o. del Convenio 169 señala:

Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de estos pueblos.

Por otro lado, también tenemos las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que en su artículo 1o. nos dice:

A los efectos del presente Convenio, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas, política, económica, social cultural y civil y en cualquier otra esfera.

Igualmente indica en su artículo 3o. que:

Los Estados parte tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, e incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.

Por su parte, la Convención de Belém do Pará (artículos 3o. y 6o.) nos indica en sus diversos artículos que:

Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como en el privado. Este derecho incluye, entre otros, el derecho de

toda mujer a ser libre de toda forma de discriminación y el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basados en conceptos de inferioridad o subordinación....

Y establece como derechos protegidos por esta Convención (artículo 4o.): "... el derecho de toda mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos".

En congruencia con todos estos compromisos internacionales adquiridos por México y considerando que en virtud de su ratificación son ley vigente en el territorio nacional, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos afirma categóricamente desde la reforma del 14 de agosto, en su artículo 1o., tercer párrafo, que: "Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad... Que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas".

Asimismo, el artículo 2o., apartado A, en su fracción II establece como principio o garantía fundamental el que los pueblos y comunidades indígenas respeten las garantías individuales y los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.

También en su apartado B, la reforma señala que deberá propiciarse la incorporación de las mujeres al desarrollo a través del apoyo a proyectos productivos, la protección a la salud, estímulos a la educación, y su participación en la vida comunitaria y las decisiones relacionadas con la misma (fracción V).

Para terminar, vale la pena mencionar que es evidente, como en el caso de cualquier sociedad, que la discriminación, la violencia y el valor que se niega al papel de la mujer tienen repercusiones que impiden el progreso, el desarrollo, la reducción de la pobreza, el aumento del ingreso familiar, y además afectan directamente en la salud y la educación, todo ello a nivel individual, familiar, social y nacional. Situación que es contemplada en el apartado B del artículo 2o. constitucional, estableciéndose las estrategias y políticas públicas que han de considerarse y que se pueden reflejar fundamental pero no limitativamente en:

- 1) La implementación de medidas, acciones, políticas y estrategias, tanto en el plan nacional de desarrollo como en los programas nacionales de educación, de la mujer, de población, de desarrollo social, etcétera, tanto federales como estatales; para favorecer el desarrollo de la mujer indígena, así como su participación activa y su protección.

- 2) Reconocer, respetar y promover el desarrollo de los derechos de la niña y la mujer indígenas, considerando su realidad, usos y costumbres, así como su cultura, siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos definidos en el orden jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.
- 3) Promover campañas para mejorar la nutrición para mujeres y niños en áreas indígenas. Así como mejorar los servicios de salud y los lugares donde se prestan dichos servicios; promover la educación sobre salud reproductiva y llevar las campañas de vacunación hasta las comunidades indígenas con el fin de evitar las enfermedades tanto en mujeres como en niños.
- 4) Garantizar el respeto y el derecho de la mujer indígena a la libre organización de las mujeres en las distintas comunidades del país.
- 5) Establecer políticas de tolerancia con el fin de lograr un cambio de la estructura mental e involucrar a las mujeres en toma de decisiones en el contexto social.
- 6) Crear escuelas en las comunidades indígenas que sean dirigidas por maestros y maestras indígenas bilingües en jornadas matutinas y vespertinas y permitir el ingreso de mujeres a las escuelas.
- 7) Promoción y divulgación nacional sobre la importancia de la educación de la niña; la campaña se daría en la lengua indígena y en español.
- 8) Establecer programas de sensibilización social en las comunidades sobre los problemas de la discriminación y la violencia contra mujeres y niñas. Hacer conciencia de que los programas en la materia deben ser elaborados conjuntamente con la comunidad indígena.
- 9) Crear centros de atención a las mujeres indígenas agredidas y otras instancias que trabajen en el ámbito de la prevención y atención de mujeres discriminadas, agredidas y golpeadas.
- 10) Promover la participación de la mujer en las actividades económicas, inclusive por parte del propio hombre indígena, y que se trate de erradicar la idea de que sólo es útil para el desarrollo de las actividades domésticas o el cuidado de los hijos.

## V. REFLEXIONES FINALES

Como podemos observar, se puede concluir que tanto en el marco jurídico nacional como en el internacional se ha realizado un esfuerzo que no ha sido insuficiente, hasta el momento, para regular y crear los mecanismos

que generen un avance significativo sobre la aplicación, goce y ejercicio de los derechos indígenas, en particular los de las mujeres indígenas.

Actualmente creemos que no se cuenta con los mecanismos esenciales para la protección, defensa, goce y ejercicio plenos de los derechos indígenas, contenidos y regulados en la Constitución, que no han considerado tampoco en sus conceptos las necesidades e individualización de la mujer indígena.

Las prácticas consuetudinarias, los usos y las costumbres son fundamentales en la procuración, la protección y la cultura de los pueblos indígenas, siempre y cuando no impliquen una violación a los derechos humanos generales y de género reconocidos internacionalmente y ratificados por México.

Es fundamental que se realice un análisis de género por cuanto a la condición cultural de las mujeres indígenas, parece que a pesar de todos los esfuerzos realizados y de los derechos de la mujer reconocidos y protegidos en todos los ámbitos, las mujeres indígenas en lo individual y colectivamente viven los mayores niveles de discriminación y pobreza.

En el marco regional de la Organización de Estados Americanos y los derechos humanos, no existe un instrumento o mecanismo jurídico que sea aplicable en materia de indígenas y tampoco en el caso particular de la mujer indígena; sin embargo, los avances que existen son en aplicación, entre otros instrumentos convencionales y no convencionales, de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

El avance más actual en la materia lo constituye la Declaración Internacional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, pero se trata de un instrumento no vinculatorio aunque, como dijimos, tiende a cumplir y ampliar los derechos consignados por otros instrumentos en materia indígena y fortalecer la perspectiva de género.

Es de imperiosa necesidad e importancia que la legislación aplicable a los pueblos indígenas en lo general y a las mujeres indígenas en lo particular, sea adicionada y modificada tanto en la escala federal como estatal y municipal, ya que sus derechos están limitadamente considerados, lo que impide el ejercicio de sus derechos humanos, garantías y libertades fundamentales en las esferas, social, cultural, política y económica.





# LOS FEMINICIDIOS EN GUATEMALA Y MÉXICO. UNA AGENDA PENDIENTE DE JUSTICIA A LAS MUJERES

María Teresa AMBROSIO MORALES\*

*Con admiración y respeto al doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, quien siempre creyó en el ideal de justicia para las víctimas.*

“Ya sea por las causas o móviles de las ejecuciones, por la relación de las mujeres asesinadas por el perpetrador, o por las manifestaciones de brutalidad de los asesinatos, el feminicidio en todos los casos está vinculado a la violencia contra las mujeres”,<sup>1</sup> Ana Leticia Aguilar.

SUMARIO: I. *Marco de referencia.* II. *El derecho victimal y el derecho de justicia a las mujeres víctimas.* III. *Las mujeres víctimas de feminicidio en México.* IV. *Las víctimas de femicidio en Guatemala.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

## I. MARCO DE REFERENCIA<sup>2</sup>

Las diferencias políticas, económicas, culturales, jurídicas y sociales que existen entre México y Guatemala pueden dar un margen sustancial de diferen-

\* Licenciada en derecho por la UNAM; técnica académica en la Unidad de Documentación Legislación y Jurisprudencia del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; profesora de Criminología en la Facultad de Derecho de la UNAM.

<sup>1</sup> Se puede consultar en <http://cdd.emakumeak.org/ficheros/0000/0288/femicidio.pdf>.

<sup>2</sup> Lima Malvido, María de la Luz, “El derecho victimal”, *Victimología*, Córdoba, Universitaria Integral, pp. 123-141; Radford, Jill y Russell, Diana A., *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Nueva York, Twayne Publishers, 1992.

cia, pero respecto al tema de los feminicidios, tristemente, coinciden ambos países, ya que tienen a nivel mundial los primeros lugares (Guatemala, primer lugar, y México, tercer lugar) en este tipo de violencia extrema en contra de las mujeres.

En México, así como en otros países de América, compartimos agendas comunes de justicia, en este contexto observamos que un doloroso capítulo de los temas pendientes son los feminicidios. En este punto tan sensible, es importante tener una visión científica y humanista, que a nuestra consideración la puede dar la victimología.

La ubicación de la victimología en la síntesis criminológica ha sido una visión clásica en su estudio, pero la tendencia moderna le considera una ciencia autónoma, lo que ha permitido un avance en el abordaje científico de las víctimas; es además una de las disciplinas en donde encontramos un mayor número de doctrinarias que dedican su vida, su inteligencia y su talento en el desarrollo de esta ciencia, contribuyendo con su trabajo al avance para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres.

El análisis desde una visión de género y feminista resulta indispensable en la comprensión de este crimen tan complejo. En el estudio del feminicidio consideramos indispensable hacerlo desde la victimología, en donde la mujer víctima es el centro de atención, que a diferencia de la criminología<sup>3</sup> aquella puede resultar accesoria.

El hablar de la “víctima del delito” no es un tema nuevo, toda vez que esta siempre ha existido, pero se presenta como una figura inadvertida en el área del derecho penal, ya que su participación se limita a la coadyuvancia con el Ministerio Público en la integración de culpabilidad, así como en la reparación del daño a cargo de su “victimario”; hasta hace poco, la “víctima del delito” era mudo testigo en el procedimiento al accionar el sistema penal cuando consideraba afectados sus derechos, con la pretensión procesal de encontrar justicia.

En el tema de justicia para mujeres víctimas, consideramos, para nuestra región, que los derechos constitucionales de las víctimas requieren de la protección y de la participación de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial en su conjunto, para generar una respuesta jurídica, social y de política

<sup>3</sup> Parece razonable inferir que el término homicida femenino se refiere a las mujeres asesinas, mientras que el término homicida masculino a los hombres asesinos; sin embargo, no existen términos criminológicos comparables para el asesinato de mujeres y el asesinato de hombres. La falta de esos términos revela la exigua atención al análisis de género en el campo de la criminología, que es dominado por los hombres. Además, en una fuente informal sobre el significado de homicida femenino, descubrí que mucha gente piensa que este término se refiere al asesinato de mujeres, véase Rusell, Diana y Harmes, Roberta, *Feminicidio una perspectiva global*, México, UNAM, 2006, p. 74.

victimológica eficiente y eficaz, para ello la visión de los derechos humanos y la perspectiva de género favorecen un clima de empatía y solidaridad de nuestros países a esta problemática de salud pública y de justicia (muertes violentas de mujeres).

## II. EL DERECHO VICTIMAL Y EL DERECHO DE JUSTICIA A LAS MUJERES VÍCTIMAS

En el marco de justicia a las mujeres víctimas para su construcción pensamos indispensable al derecho victimal,<sup>4</sup> como la base para establecer los estándares de atención y los límites de actuación en los operadores de justicia. El derecho victimal se basa en la experiencia y en la realidad de la justicia para las víctimas; esto se puede consolidar en nuestra región con el intercambio de experiencias y con la participación de diversos actores, tomando en consideración las demandas frecuentes en contra de policías, agentes del Ministerio Público y el Poder Judicial, con relación a la justicia. El avance en la normativa para favorecer a las víctimas y a las ofendidas por este delito requiere de un mayor esfuerzo por parte del Estado y de la participación ciudadana que brinde apoyo a las mujeres víctimas.<sup>5</sup>

Los problemas de justicia en el sistema penal actual, la existencia de un Poder Judicial minimizado con grandes cargas de trabajo, juicios de amparo limitados para las víctimas, agentes del Ministerio Público que trabajan por cuotas de consignación y la lucha contra la corrupción en el sistema penal, así como la falta de empatía y sensibilidad para las mujeres víctimas, es el reto actual en nuestro continente.<sup>6</sup> La construcción teórica del derecho victimal tiene su base en la filosofía del derecho, donde requiere de la argumentación jurídica y, en una forma más importante, del conocimiento de la realidad de las víctimas.

<sup>4</sup> Lima Malvido, María de la Luz, “Protección a las víctimas”, *Criminalia*, México, año LXVIII, núm. 2, 1992, p. 71, citada por Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología*, 10a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 357. “Dentro de la enciclopedia de las Ciencias Penales, es necesario concebir y crear una nueva disciplina en el campo de las llamadas ciencias jurídico-penales, este el *derecho victimal* que debe ser una ciencia normativa que se encargue del estudio de los derechos de la víctima, que puede consistir en derecho de hacer, no hacer o recibir algo, conferido por la ley o la Constitución de un país, además del estudio del procedimiento que debe usarse para hacerlo efectivo”. Se debe resaltar que la autora del derecho victimal es la doctora María de la Luz Lima Malvido.

<sup>5</sup> Dammert, Lucía y Bailey, John, *Seguridad y reforma policial en las Américas*, México, Siglo XXI, 2005, pp. 227 y 228.

<sup>6</sup> Álvarez Montero, José Lorenzo, “Marco constitucional y legal de la víctima en México”, *Revista Jurídica Veracruzana*, México, núm. 73, octubre-diciembre de 1995, pp. 45 y 46.

El derecho de justicia a las mujeres víctimas en un Estado administrador y vigilante, encargado de establecer las reglas mínimas de convivencia que le permitan alcanzar sus fines sin detrimento de los derechos humanos, genera obligaciones y límites en su actuación. La responsabilidad del Estado respecto de las víctimas la encontramos como derechos humanos de segunda generación, en donde aquel se obliga a crear un marco normativo específico de protección, así como el contar con una infraestructura e instalaciones diseñadas *ad hoc* para una atención especializada, y tener un personal profesional que les atienda con un estándar aceptable de empatía, calidad y calidez.

En forma general, Luis Rodríguez Manzanera establece algunas funciones que coadyuven a ubicar jurídicamente a la víctima, conforme a diversos sistemas pueden ser:<sup>7</sup>

1. Iniciar el proceso.
2. Coadyuvar con el Fiscal o Ministerio Público.
3. Ser testigo de cargo.
4. Influir sobre la sentencia.
5. Presentar pruebas.
6. Terminar el proceso.

En el tema de justicia para las víctimas existen instrumentos básicos, como la Declaración de Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas, la cual es un estándar que facilita la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas. En forma enunciativa, esos procedimientos son los siguientes:

1. Informar a la víctima de su papel y del alcance de este; el desarrollo cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas, especialmente cuando se trate de delitos graves y cuando hayan solicitado esa información.
2. Permitir que las opiniones y las preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones, siempre que estén en juego sus intereses, sin perjuicio del acusado y de acuerdo con el sistema nacional de justicia penal pertinente.
3. Presentar asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial.
4. Adoptar medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad y, en caso necesario, garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos a favor, contra todo acto de intimidación y represalia.

<sup>7</sup> Rodríguez Manzanera, Luis, *Victimología*, 10a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 376.

5. Evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de los mandamientos o decretos que concedan indemnizaciones a las víctimas.

La Declaración de Principios Fundamentales es un referente para la protección de los derechos de las víctimas, pero es importante que esta se refleje en reformas a la legislación positiva de nuestros países, así como a la instrumentación en la práctica cotidiana con las víctimas (véase cuadro 1).

La declaración es hasta el momento el estándar aceptado a nivel internacional en materia de víctimas, en donde todos los países tienen que adoptar diversas medidas para su instrumentación; en el caso de México falta hacerlo eficaz, mediante un cambio en la actitud garante de los derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### III. LAS MUJERES VÍCTIMAS DE FEMINICIDIO EN MÉXICO

Lo que inició como trabajos académicos de Jill Radford y Diana Russell, analizando una cruda realidad, se torna en una propuesta teórica y en una metodología en la agenda internacional (véase cuadro 2).

El tema del feminicidio es una cuestión de interés común en nuestro continente, así lo evidencia el diagnóstico del Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en forma específica las preguntas relativas al tema en la Evaluación de la Implementación de las disposiciones de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belém do Pará.

En el último Censo Nacional de Población y Vivienda encontramos que en México existe una gran población,<sup>8</sup> esto implica un panorama amplio en materia de homicidios; el registro estadístico en forma oficial de este delito no hace una diferencia por sexo en forma clara. Prueba de ello es un registro desagregado por años, total de homicidios, tipos de armas y si son dolosos o culposos, pero desafortunadamente esta información no permite hacer un análisis cualitativo y cuantitativo adecuado sobre el feminicidio (véase cuadro 3).

En los registros nacionales del Secretariado Ejecutivo de Seguridad Pública encontramos que en 2010 se registraron un total de 35,647 homicidios en el país, de los cuales 20,585 son homicidios dolosos (véase cuadro 4).

<sup>8</sup> En México, según las características demográficas de la población, existen un total de 112'336,538 personas, de los cuales 54'855,231 son hombres, que representan el 48.8%, y 57'481,307 son mujeres, que representan el 51.2%. Censo de Población y Vivienda 2010, Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

La cifra de mujeres se hace invisible frente a una cifra general, lo que impide hacer un análisis sobre la magnitud real del problema.

La importancia de analizar en forma cualitativa y cuantitativa los feminicidios se desprende de la misma exposición de motivos de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.<sup>9</sup> Si bien siempre se habla en el discurso oficial de que el mayor número de muertes violentas en México son hombres, consideramos que existe un gran número de mujeres víctimas no registradas y subregistradas respecto a muertes violentas, que al no aplicarse un protocolo de investigación científica con perspectiva de género, sus casos pueden quedar impunes.

En un clima de injusticia en materia de violencia de género en México, el 1o. de febrero de 2007 se publicó, en el *Diario Oficial de la Federación*, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia; en poco menos de cinco años los movimientos de mujeres víctimas, sociedad civil, académicas, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, han buscado con base en esta ley prevenir, sancionar y erradicar la violencia feminicida.<sup>10</sup>

Sumado al escenario anterior, el 16 de noviembre de 2009 se marca como una fecha trascendente en materia de justicia a las mujeres víctimas del delito, ya que se dictó la sentencia de “Campo Algodonero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en contra del Estado mexicano, por los homicidios de mujeres por razones de género en Ciudad Juárez (feminicidios). Esta sentencia es un desafío para la justicia a víctimas en México, la cual requiere de una visión de género, derechos humanos y victimológica, que brinde protección a la vida de las mujeres.

El feminicidio representa uno de los grandes temas pendientes en la agenda de justicia en México; en la política victimológica nacional actual son nueve estados de la República (Colima, Distrito Federal, Guanajuato,

<sup>9</sup> Los asesinatos de mujeres por motivos de género son conductas que lesionan a toda una comunidad; por ello, no podemos continuar indiferentes ante esta ola de crímenes que han quedado en la impunidad. En este sentido, es necesario el acceso a la justicia, al orden y a la paz, así como la aplicación de la ley y el fortalecimiento del Estado de derecho. Además, se contemplan los delitos contra la seguridad de las receptoras o víctimas, refiriéndonos al incumplimiento de las órdenes de protección, y que constituyen un delito en términos de la presente ley, como una conducta omisiva por parte de las autoridades obligadas a ejecutarlas. El espíritu de esta ley al incluir delitos especiales, como el feminicidio y los delitos contra la seguridad de las receptoras o víctimas de violencia, es dar un tratamiento integral a la violencia de género y, sobre todo, preservar la vida y la seguridad de las mujeres.

<sup>10</sup> Es la forma extrema de violencia de género contra las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos en los ámbitos público y privado, que está conformada por el conjunto de conductas misóginas que pueden conllevar impunidad social y del Estado, y que pueden culminar en un homicidio u otras formas de muerte violenta de mujeres, artículo 21 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Estado de México, Guerrero, Morelos, San Luis Potosí, Tamaulipas y Veracruz) que contemplan el delito de feminicidio.

En forma específica, en materia de violencia contra las mujeres y el feminicidio encontramos fiscalías, comisiones y protocolos para su investigación, sanción, prevención y erradicación.

Algunas de las acciones de la política victimológica en materia de feminicidios en México son las siguientes:

1. Comisión Especial para Dar a Conocer y Dar Seguimiento Puntual y Exhaustivo a las Acciones que Han Emprendido las Autoridades Competentes con Relación a los Feminicidios Registrados en México, Cámara de Diputados.
2. Sentencia del “Campo Algodonero” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
3. Propuesta de Protocolo de Actuación en la Investigación del Delito de Homicidios desde la Perspectiva del Feminicidio, UNIFEM, 2010.
4. Banco Nacional de Datos e Información sobre Casos de Violencia Contra las Mujeres, Secretaría de Seguridad Pública Federal, 2009.
5. Acuerdo A/002/10 Mediante el Cual Se Establecen los Lineamientos que Deberán Observar Todos los Servidores Públicos para la Devida Preservación y Procesamiento del Lugar de los Hechos o del Hallazgo y de los Indicios, Huellas o Vestigios del Hecho Delictuoso, así como de los Instrumentos, Objetos o Productos del Delito, 2010.
6. Base de Datos de Fallecimientos Ocurredos por Presunta Rivalidad Delincuencial, Secretaría de Seguridad Pública Federal.
7. Protocolo Único de Investigación de los Delitos Relacionados con Desapariciones de Mujeres, del Delito de Violación de Mujeres y del Delito de Homicidio de Mujeres por Razones de Género, Procuraduría General de la República, 2011.
8. Foro Nacional sobre Acceso a la Justicia para las Mujeres “Hacia un sistema de justicia penal con equidad de género”, mayo de 2011, LXI Legislatura Cámara de Diputados, Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres de la Secretaría de Gobernación.
9. Tipificación del delito de feminicidio en los códigos penales estatales (Distrito Federal, Estado de México, Guerrero, Morelos, Tamaulipas, Veracruz) y propuesta federal.

Ante la demanda metodológica en materia de feminicidios, diversos organismos, con interés en el tema, elaboraron un diagnóstico, donde tratan de explicar, en forma general, este tipo de violencia a la LXI Legislatura,



a la Cámara de Diputados y a la Comisión Especial Para Conocer y Dar Seguimiento Puntual y Exhaustivo a las Acciones que han Emprendido las Autoridades Competentes con Relación a los Femicidios Registrados en México (véase cuadro 5).<sup>11</sup>

Aunque se han realizado estudios de diversas disciplinas que han logrado algunos avances legales, se requieren, para hacer eficaz la normativa, algunos aspectos psicosociales y culturales, a fin de contribuir con una respuesta al fenómeno social tan complejo del feminicidio, dando un punto de interés en los temas de administración de justicia y salud pública (epidemiología).

#### IV. LAS VÍCTIMAS DE FEMICIDIO EN GUATEMALA

Guatemala es un paraíso de biodiversidad, que comparte sus fronteras al oeste y al norte con México; tiene una riqueza multicultural muy importante; asimismo, cuenta con una riqueza histórica que atrae a un gran número de visitantes de todo el mundo.

Este país es pionero en la forma de implementar el proceso penal en América Latina; su estructura de justicia, en forma breve, es la siguiente: la Corte de Constitucionalidad; la Procuraduría General de la Nación; el Ministerio Público; el Instituto de la Defensa Penal Pública; la Procuraduría de Derechos Humanos; la Policía Nacional Civil; la Dirección General del Sistema Penitenciario, y el Consejo de la Carrera Judicial.<sup>12</sup>

En Guatemala, al igual que en México, los derechos humanos de las víctimas son el punto de partida en el tema de los femicidios. Los proveedores de servicios a víctimas se concentran en las cabeceras departamentales. El 42% del personal vinculado a la atención a víctimas se concentra en el departamento de Guatemala; el 8% en Huehuetenango, y el 7% en Alta Verapaz y Zacapa.

El personal disponible en los restantes departamentos no sobrepasa las 28 personas, siendo el caso extremo Santa Rosa con 5 personas. Las especialidades y los profesionales que atienden estos son abogadas/os, psicólogos/os, trabajadoras sociales, médicas/os, enfermeras/os y educadoras/es (véanse cuadros 6, 7 y 8).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> ONU-Mujeres, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres, Instituto Nacional de las Mujeres, México, *Feminicidios en México, aproximación, tendencias y cambios, 1985-2009*, México, 2011, pp. 33 y 34.

<sup>12</sup> Fernández Fernández, Vicente (coord.), *Impartición de justicia en México en el siglo XXI*, México, Porrúa, 2011, pp. 27 y 28.

<sup>13</sup> USAID, Seminario Internacional, “Estándares de calidad en la atención de la víctima del delito”, Guatemala, 23, 24 y 25 de septiembre de 2011.

En el Estado de Guatemala, las víctimas de violencia de género en su mayoría son mujeres, niños y niñas; la tierra del Quetzal enfrenta un problema importante de violencia de género, pues el femicidio se ha convertido en una agenda pendiente de justicia a las mujeres víctimas.

En el artículo 4o. de la Constitución de Guatemala se enuncia que: “El Estado se organiza y protege la vida humana desde su concepción, así como la integridad y la seguridad de la persona”, que en el caso de los femicidios no ha sido eficaz.

En Guatemala, así como en muchos países de nuestro continente, los homicidios son un problema de salud pública y de justicia (véase cuadro 9).<sup>14</sup>

El femicidio como una grave violación a los derechos humanos establece una política criminológica poco eficaz, toda vez que en este país, al igual que en México, las mujeres y las organizaciones de la sociedad civil, como el Grupo Guatemalteco de Mujeres, han realizado una labor interna y denuncias internacionales para presionar al Estado a cumplir con lo establecido en los instrumentos internacionales para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; así lo establece el artículo 46 de la Constitución, porque existe una supremacía de la Constitución frente a los tratados.

Con base en esta demanda internacional, se ha creado la Coordinadora Nacional para la Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Contra las Mujeres (CONAVEPRI); asimismo, se aprobó la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar (Decreto 97-96).

La Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer de 1999 en el Decreto 7-99, con el objeto de promover el desarrollo, la igualdad y la participación de la mujer en Guatemala, esto mediante la promoción de los derechos humanos, en su artículo 4o. establece que: “Es violencia contra la mujer todo acto, acción u omisión que por su condición de género, la lesione física, moral o psicológicamente”.

Esta ley ha sido un punto de partida para visibilizar jurídicamente a la violencia como una transgresión a los derechos fundamentales.

Hasta antes de la entrada en vigor de la Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer, la legislación penal consideraba algunas disposiciones discriminatorias en la legislación de Guatemala (véase cuadro 10).<sup>15</sup>

<sup>14</sup> United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Study on Homicide*, Vienna, United Nations Office on Drugs and Crime, 2011, p. 23.

<sup>15</sup> Carcedo, Ana (coord.), *No olvidamos ni aceptamos femicidios en Centroamérica 2000-2006*, San José, Asociación Centro Feminista de Información y Acción, 2010, p. 427.

El panorama legislativo en Guatemala favorecía, en gran medida, a la falta de protección hacia las mujeres. El marco legislativo general en el tema de feminicidios en Guatemala es el siguiente:

- Constitución Política de la República (1985).
- Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar (1996).
- Reglamento de la Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Intrafamiliar (2000).
- Ley de Dignificación y Promoción Integral de la Mujer (Decreto 22-2008).
- Plan Nacional de Prevención y Erradicación de la Violencia Intrafamiliar y Contra las Mujeres (PLANOVI) 2004-2014.
- Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer (Decreto 22-2008).
- Política Nacional de Promoción y Desarrollo Integral de las Mujeres Guatemaltecas y el Plan de Equidad de Oportunidades (2008-2023).
- Ley contra la Violencia Sexual, Explotación y Trata de Personas (Decreto 09-2009).
- Ley contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer (Decreto 22-2008), que establece como delito al femicidio.
- En forma específica y ante la gravedad del problema, la Ley Contra el Femicidio y otras Formas de Violencia contra la Mujer define al delito de femicidio en su artículo 6o., que nos dice:

Comete delito de femicidio, quien en el marco de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres, dieren muerte a una mujer, por su condición de mujer valiéndose de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a. Haber pretendido infructuosamente establecer o restablecer una relación de pareja o de intimidación con la víctima.
- b. Mantener en la época en que se perpetre el hecho o haber mantenido con la víctima relaciones familiares, conyugales, de convivencia, o de intimidad o noviazgo, amistad, compañerismo o relación laboral.
- c. Como resultado de la reiterada manifestación de violencia en contra de la víctima.
- d. Como resultado de ritos grupales usando o no armas de cualquier tipo.
- e. En menosprecio del cuerpo de la víctima para satisfacción de instintos sexuales, o cometiendo actos de mutilación genital o cualquier otro tipo de mutilación.
- f. Por misoginia.

g. Cuando el hecho se cometa en presencia de las hijas e hijos de la víctima.

h. Concurriendo cualquiera de las circunstancias de calificación contempladas en el artículo 132 del Código Penal.

La persona responsable de este delito será sancionada con pena de prisión de veinticinco a cincuenta años, y no podrá concedérsele la reducción de la pena por ningún motivo. Las personas procesadas por la comisión de este delito no podrán gozar de ninguna medida sustitutiva.

Lo delicado y lo complicado del tema de los femicidios y feminicidios, Guatemala-México, es compartir las experiencias, así como las buenas prácticas en el tema. La unión de esfuerzos permitirá plantear una propuesta para nuestro continente; esta preocupación es compartida en sororidad y solidaridad, acorde con el espíritu de los derechos humanos, en todos los países que sufren este flagelo. Por ello, algunas alternativas se ponen en consideración:

*Propuesta para fortalecer el derecho de justicia para las mujeres víctimas de feminicidios*

- Participación académica de la Sociedad Mundial de Victimología en la elaboración de criterios en materia de justicia para las víctimas en el continente americano.
- Contar con un tratado de justicia para las víctimas en el continente americano.
- Generar indicadores de satisfacción de las víctimas de los servicios del sistema de justicia.
- Crear un sistema de información legislativo, jurisprudencial, protocolos, manuales y doctrina para el continente americano en materia de feminicidio, femicidio, asesinatos y homicidios de mujeres por razones de género.
- Instalar un comité académico para diseñar una estrategia académica en materia de feminicidio, femicidio, asesinatos y homicidios de mujeres por razones de género para el continente americano, con sede en la Universidad Nacional Autónoma de México (intercambio de docentes y estudiantes).
- Promover en las universidades, o en profesiones afines con la victimología, la inclusión de esta materia en los planes y los programas de estudio, para que permitan generar competencias respecto de la atención a víctimas.

- En el ámbito académico, contar con un congreso en victimología para el continente americano cada dos años, que permita compartir experiencias y avances para nuestra región.
- Promover el derecho victimal en el continente americano, para el fortalecimiento legal de protección jurídica a mujeres víctimas de violencia.
- Elaborar un tratado de argumentación jurídica en materia de feminicidio, femicidio, asesinatos y homicidios de mujeres por razones de género.
- Elaborar un tratado de feminicidios, asesinatos y homicidios dolosos de mujeres para todo el continente.
- Impulsar una victimología de género y una criminología de género en materia de feminicidio, femicidio, asesinatos y homicidios de mujeres por razones de género.
- Implementar un modelo de atención a familiares y a mujeres víctimas en materia de feminicidio, femicidio, asesinatos y homicidios de mujeres por razones de género.

Concluir con un tema tan extenso es casi imposible; por ello, podemos considerar en común en el trabajo presentado a las siguientes consideraciones, que, sumadas a la política criminológica vigente, pueden volver un anhelo de justicia compartido en una realidad.

## V. CONCLUSIONES

1. Consideramos el fortalecimiento del derecho victimal, para una eficiente y eficaz justicia para las mujeres víctimas en materia de feminicidio o femicidio en nuestro continente.
2. Proponemos fortalecer al agente del Ministerio Público mejorando su competencia profesional en una real representación y defensa jurídica de las mujeres víctimas de violencia.
3. Consideramos indispensable que en la impartición de justicia a las mujeres víctimas se les aplique la perspectiva o visión de género.
4. Establecer una política criminológica que incluya la intervención en los feminicidios y los femicidios en casos de delincuencia organizada.
5. Debemos sumar esfuerzos en nuestro continente para prevenir, sancionar y erradicar los feminicidios y los homicidios de mujeres por razones de género, para que tanto la injusticia como la impunidad no tengan el rostro de mujer.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AITKEN, Colin y TARONI, Franco, *Estadística y evaluación de la evidencia para expertos forenses*, 2a. ed., trad. de José Juan Lucena *et al.*, España, Dykinson, 2010.
- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María y PÉREZ DUARTE Y NOROÑA, Alicia Elena, *Modelos para prevenir, atender, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres*, México, UNAM, 2010.
- ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo, “Marco constitucional y legal de la víctima en México”, *Revista Jurídica Veracruzana*, México, núm. 73, octubre-diciembre de 1995.
- BARRIOS GONZÁLEZ, Boris, *Las garantías de la víctima en el proceso penal*, Panamá, Portobelo, 2000. Citado por LÓPEZ GARCÍA, Alejandro, *La eficacia de los derechos de las víctimas del delito como alternativa para disminuir la delincuencia en el Distrito Federal*, tesis de maestría, México, UNAM, 2008.
- BLAZQUEZ GRAF, Norma *et al.* (coords.), *Investigación feminista. Epistemología, metodología y representaciones sociales*, México, UNAM, 2010.
- BRENT TURVEY, Brent, *Criminal profiling an introduction to behavioral evidence analysis*, 4a. ed., San Diego, Elsevier Science Publishers B. V., 2011.
- , *Forensic victimology. Examining Violent Crime Victims in Investigative and Legal Contexts*, San Diego, Elsevier Science Publishers B. V., 2009.
- CÁMARA DE DIPUTADOS LIX LEGISTATURA, COMISIÓN ESPECIAL PARA CONOCER Y DAR SEGUIMIENTO A LAS INVESTIGACIONES RELACIONADAS CON LOS FEMINICIDIOS EN LA REPÚBLICA MEXICANA y a la PROCURACIÓN DE JUSTICIA VINCULADA, *Violencia feminicida en la República mexicana*, México, Cámara de Diputados, 2006, t. 1.
- , *Violencia feminicida en la República mexicana*, México, Cámara de Diputados, 2006, t. 2.
- CARCEDO, Ana (coord.), *No olvidamos ni aceptamos femicidios en Centroamérica 2000-2006*, San José, Asociación Centro Feminista de Información y Acción, 2010.
- CHIRINOS RIVERA, Sonia, *La Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, cuestiones prácticas en torno a la ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.
- CRUZ PARCERO, Juan A. y LAUDAN, Larry, *Prueba y estándares de prueba en el derecho*.
- DAMMERT, Lucía y BAILEY, John, *Seguridad y reforma policial en las Américas*, México, Siglo XXI, 2005.

- ECHEBURÚA, Enrique *et al.*, *Predicción de riesgo de homicidio y de violencia grave en la relación de pareja (instrumentos de evaluación de riesgo y adopción de medidas de protección)*, España, Centro Reina Sofía, 2009.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena (eds.), *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 1999.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Vicente (coord.), *Impartición de justicia en México en el siglo XXI*, México, Porrúa, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, *Los feminicidios de Ciudad Juárez ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Campo Algodonero*, México, Porrúa, 2011.
- FREGOSO, Rosa Linda, *Feminicidios en América Latina*, México, UNAM, 2011.
- GARCÍA BERRIO HERNÁNDEZ, Teresa, *Medidas de protección de la mujer ante la violencia de género, claves para la igualdad*, Madrid, Grupo Difusión, 2008.
- GARRIDO, Vicente y SOBRAL, Jorge, *La investigación criminal, la psicología aplicada al descubrimiento, captura y condena de los criminales*, Barcelona, Nabla Ediciones, 2008.
- *et al.*, *Principios de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- GENOVÉS GARCÍA, Aurora, *El delito de homicidio en el ámbito de la pareja*, Barcelona, Bosch, 2009.
- GUZMÁN, Carlos A., *El examen en el escenario del crimen, método para la reconstrucción del pasado*, Argentina, B. de F., 2010.
- HERRERA MORENO, Myriam, *Hostigamiento y hábitat social una perspectiva victimológica*, Granada, Comares, 2008.
- IGLESIAS CANLE, Inés y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María, *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- INSTITUTO CIUDADANO DE ESTUDIOS SOBRE LA INSEGURIDAD, “Mortalidad por homicidios en México”, *Cuadernos del ICESI 6*, Encuestas Nacionales sobre la Inseguridad, México, enero de 2010.
- JACOBSON, Neil y GOTTMAN, John, *Hombres que agraden a sus mujeres, como poner fin a las relaciones abusivas*, Buenos Aires, Paidós, 2001.
- LARRAURI, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, España, Trotta, 2007.
- LOINAZ, Ismael, *Aproximaciones teórica y empírica al estudio de las tipologías de agresores de parejas*, España, Gobierno de España, Ministerio del Interior, 2008.
- LXI LEGISTATURA, CÁMARA DE DIPUTADOS, COMISIÓN ESPECIAL PARA CONOCER Y DAR SEGUIMIENTO PUNTUAL Y EXHAUSTIVO A LAS ACCIONES QUE HAN EMPRENDIDO LAS AUTORIDADES COMPETENTES CON RELACIÓN A LOS FEMINICIDIOS REGISTRADOS EN MÉXICO, ONU-MU-

- JERES, ENTIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO Y EL EMPODERAMIENTO DE LAS MUJERES, INSTITUTO NACIONAL DE LAS MUJERES (México), *Feminicidios en México, aproximación, tendencias y cambios, 1985-2009*, México, 2011.
- MARTÍNEZ DE LA ESCALERA, Ana María (coord.), *Feminicidio: acta de denuncia y controversia*, México, UNAM-PUEG, 2010.
- MUÑOZ LARA, Antonio Irán, *Investigación forense en la necropsia*, México, Porrúa, 2010.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena (dir.), *Estudio sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- OBSERVATORIO CIUDADANO NACIONAL DE FEMINICIDIOS, *Una mirada al feminicidio en México 2007-2008*.
- OLAMENDI TORRES, Patricia, *Propuesta de protocolo de actuación en la investigación del delito de homicidio desde la perspectiva del homicidio*, México, UNIFEM, 2010.
- PANIAGUA, José María Bernardo *et al.* (coords.), *Retos de la comunicación ante la violencia de género*, España, Tirant lo Blanch, 2009.
- PONT AMENÓS, Teresa y SAUCH CRUZ, Montse, *Profiling el acto criminal*, Barcelona, UOC, 2008.
- PUENTE ABA, Luz María (dir.), *La respuesta penal a la violencia de género, lecciones de diez años de experiencia de una política criminal punitivista*, Granada, Comares, 2010.
- RADFORD, Jill y RUSSELL, Diana A., *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Twayne Publishers, 1992.
- RIBAS, Eduardo Ramón *et al.*, *La protección frente a la violencia de género: tutela penal y procesal*, Madrid, Dykinson, 2009.
- RIVAS VALLEJO, María Pilar y BARRIOS BAUDOR, Guillermo L. (dirs.), *Violencia de género, perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, España, Thomson-Aranzadi, 2008.
- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Victimología*, 10a. ed., México, Porrúa, 2007.
- RUBIO LARA, Pedro Ángel, *Victimología forense y derecho penal*, España, Tirant lo Blanch, 2010.
- RUSELL, Diana y HARMES, Roberta, *Feminicidio una perspectiva global*, México, UNAM, 2006.
- SANMARTÍN ESPLUGUES, José *et al.* (coords.), *Reflexiones sobre la violencia*, México, Siglo XXI-Instituto Reina Sofía, 2010.
- SANMATÍN, José, *La mente de los violentos*, 2a. ed., España, Ariel, 2002.
- SOTOMAYOR PETERSON, Zonia y ROMÁN PÉREZ, Rosario, *Masculinidad y violencia homicida*, México, Plaza y Valdés, 2007.



- TARUFFO, Michele, *Conocimiento científico y estándares de la prueba judicial*, México, UNAM, 2011.
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Global study on homicide*, Vienna, United Nations Office on Drugs and Crime, 2011.
- UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO, *Conferencia elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad, la justicia y la democracia*, México, UNAM, agosto de 2011.
- URRA, Javier, *Agresor sexual, casos reales riesgo de reincidencia*, España, EOS, 2003.
- USAID, Seminario Internacional, “Estándares de calidad en la atención de la víctima del delito”, Guatemala, 23, 24 y 25 de septiembre de 2011.
- VILLASEÑOR, Julia, *Guía práctica de delitos en Baja California*, México, INNCLIDES, 2009.
- WORTLEY, Richard, *Psychological criminology, an integrative approach*, Abingdon, Routledge, 2011.

*Fuentes de internet*

<http://www.secretariadoejecutivosp.gob.mx>

<http://www.juridicas.unam.mx>

<http://www.presidencia.gob.mx/base-de-datos-de-fallecimientos/>

Cuadro 1

| DECLARACIÓN SOBRE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES<br>DE JUSTICIA PARA LAS VÍCTIMAS* |                                                                                                                                              |                                                                                              |
|----------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| Principios reguladores del acceso a la justicia y trato justo                    | Compasión y respeto<br>Acceso a la justicia<br>Reparación<br>Información de derechos y garantías procesales para las víctimas<br>De ser oído | Protección a la intimidad<br>Simplicidad procesal<br>Mediación y conciliación<br>Restitución |
| Principios reguladores del resarcimiento                                         | Resarcimiento equitativo<br>Sentencia posible<br>Resarcimiento integral<br>Resarcimiento estatal                                             |                                                                                              |
| Principios que regulan la indemnización                                          | Principios de subsidiariedad<br>Principios de nacionalidad                                                                                   |                                                                                              |
| Principios que regulan la asistencia                                             | Principios de asistencia integral<br>Principio de solidaridad                                                                                |                                                                                              |
| Principio general contra el abuso de poder                                       | Principio protector contra el abuso de poder                                                                                                 |                                                                                              |

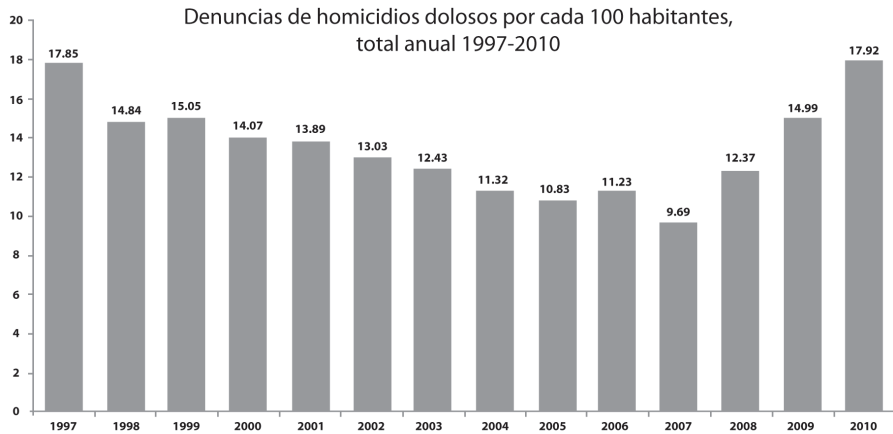
\* Barrios González, Boris, *Las garantías de la víctima en el proceso penal*, Panamá, Portobelo, 2000, pp. 15-24. Citado por López García, Alejandro, *La eficacia de los derechos de las víctimas del delito como alternativa para disminuir la delincuencia en el Distrito Federal, tesis de maestría*, México, UNAM, 2008.

Cuadro 2

| TIPOLOGÍA DE FEMINICIDIOS BASADOS EN LA RELACIÓN ENTRE EL ASESINO Y SU VÍCTIMA** |                                                   |                                                                                 |                          |
|----------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|--------------------------|
| Feminicidios de pareja                                                           | Feminicidios de familiares                        | Otros perpetradores conocidos de feminicidio                                    | Feminicidios de extraños |
| Amantes masculinos                                                               | Padres/ padrastros                                | Amigos masculinos de la familia                                                 | Extraños masculinos      |
| Parejas sexuales                                                                 | Hermanos adoptivos/ hermanastros/ medios hermanos | Amigos masculinos de la víctima                                                 |                          |
| Esposo                                                                           | Tíos/tíos políticos                               | Colegas masculinos/ colegas                                                     |                          |
| Ex esposo                                                                        | Abuelos/abuelastros                               | Figuras masculinas de autoridad; por ejemplo, maestros, sacerdotes, empleadores |                          |
| Concubinos                                                                       | Hijos/hijastros                                   | Conocidos masculinos                                                            |                          |
| Ex concubinos                                                                    | Suegros                                           | Citas masculinas (no sexual)                                                    |                          |
| Ex amantes masculinos                                                            | Cuñados                                           | Otros perpetradores masculinos                                                  |                          |
| Parejas sexuales                                                                 | Otros parientes masculinos                        |                                                                                 |                          |
| Novios (comprometidos)                                                           |                                                   |                                                                                 |                          |
| Ex novios comprometidos                                                          |                                                   |                                                                                 |                          |
| Otras parejas íntimas masculinas                                                 |                                                   |                                                                                 |                          |

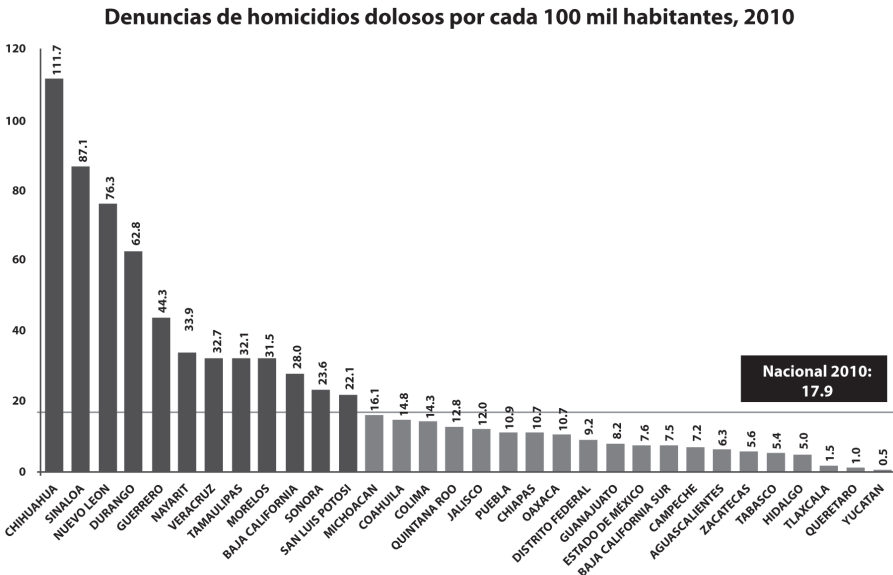
\*\* *Op. cit.*, p. 88.

Cuadro 3



**Fuente:** Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Denuncian ante el MP a partir del formato del comité interinstitucional de estadística e informática de Seguridad Pública (CIEISP). Las tasas 1997-2009 calculadas con proyecciones de población que realizó CONAPO cuya base poblacional fue la obtenida en el segundo conteo de población y vivienda 2005 (INEGI).

Cuadro 4

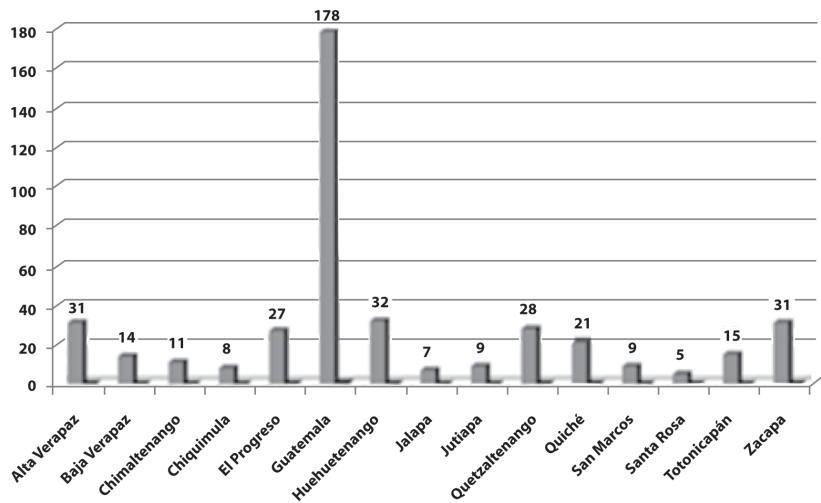


**Fuente:** Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. Denuncias ante el MP a partir del formato del comité interinstitucional de estadística e informática de Seguridad Pública (CIEISP) INEGI Censo 2010.

Cuadro 5



Cuadro 6



Cuadro 7

| No. | DEPARTAMENTO   | No.<br>VICTIMAS | RELACION<br>ABOGADOS/VICTIMAS | RELACION<br>PSICOLOGAS/VICTIMAS | RELACION<br>TRABAJADORAS<br>SOCIALES/VICTIMAS |
|-----|----------------|-----------------|-------------------------------|---------------------------------|-----------------------------------------------|
| 1   | Alta Verapaz   | 314             | 1/22                          | 1/52                            | 1/52                                          |
| 2   | Baja Verapaz   | 315             | 1/105                         | 1/79                            | 1/79                                          |
| 3   | Chimaltenango  | 135             | 1/67                          | 1/27                            | 1/34                                          |
| 4   | Chiquimula     | 93              | 1/93                          | 1/93                            | 1/47                                          |
| 5   | El Progreso    | 81              | 1/81                          | 1/13                            | 1/81                                          |
| 6   | Guatemala      | 993             | 1/11                          | 1/26                            | 1/41                                          |
| 7   | Huehuetenango  | 620             | 1/56                          | 1/77                            | 1/89                                          |
| 8   | Jalapa         | 106             | 1/53                          | 1/35                            | 1/53                                          |
| 9   | Jutiapa        | 220             | 1/220                         | 1/37                            | 1/110                                         |
| 10  | Quetzaltenango | 240             | 1/15                          | 1/48                            | 1/34                                          |
| 11  | Quiché         | 271             | 1/135                         | 1/68                            | 1/68                                          |
| 12  | San Marcos     | 173             | 1/173                         | 1/86                            | 1/29                                          |
| 13  | Santa Rosa     | 120             | 1/120                         | 1/60                            | 1/60                                          |
| 14  | Totonicapán    | 372             | 1/372                         | 1/74                            | 1/74                                          |
| 15  | Zacapa         | 135             | 1/135                         | 1/5                             | 1/27                                          |
|     | <b>TOTAL:</b>  | <b>4,188</b>    | <b>1/29</b>                   | <b>1/35</b>                     | <b>1/52</b>                                   |

Cuadro 8

| <i>Variable</i>            | <i>Hallazgo</i>                                                                                                                                                                                             |
|----------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Grupo étnico               | 70% es de origen maya y un 30% de origen no maya hablante                                                                                                                                                   |
| Grupo etéreo               | Niños/niñas de 4 años de edad hasta adultos de 45 años, y adultos mayores entre los 65 y 80 años                                                                                                            |
| Sexo                       | Atienden mayoritariamente a mujeres que a hombres, disminuyendo aun el número cuando se trata de víctimas con otra identidad sexual                                                                         |
| Tipo de víctima            | 93% atiende a la víctima directa y 33% a víctimas colaterales                                                                                                                                               |
| Relación con el victimario | 91% de los casos el victimario pertenece al ámbito familiar, 9% al ámbito educativo, 4% al religioso y 2% al laboral                                                                                        |
| Nivel de estudios          | 77% de las víctimas poseen estudios a nivel primaria (niños/niñas), 18% a nivel secundaria (adolescentes), en tanto que un 35% es población analfabeta (mayoritariamente mujeres adultas y adultas mayores) |
| Actividad laboral          | 52% son víctimas que provienen del sector informal de servicios, y en el caso de víctimas mujeres 43% son amas de casa con dependencia económica del esposo o el conviviente                                |

Cuadro 9

| <i>País</i> | <i>Año</i> | <i>Hombres</i> | <i>Mujeres</i> |
|-------------|------------|----------------|----------------|
| Guatemala   | 2009       | 88.9%          | 11.1%          |
| México      | 2008       | 89.8%          | 10.2%          |

Cuadro 10\*\*\*

| <i>Instrumento legal<br/>y artículos</i>                               | <i>Acción violenta, omisión o<br/>negligencia</i>                                                                                                                                                                                                         | <i>Interpretación de la vulnerabilidad<br/>de los derechos de las mujeres</i>                                                                                                                                                              |
|------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Penal,<br>artículo 200                                          | Está exento de<br>responsabilidad penal en<br>caso de violación y otros<br>delitos de violencia sexual,<br>si la persona violenta es<br>mayor de 12 años y se casa<br>con ella                                                                            | Plantea la posibilidad de<br>evadir la responsabilidad<br>penal mediante una supuesta<br>“reparación del daño<br>ocasionado”, aun si la mujer<br>agraviada es menor de edad y,<br>por tanto, no podía decidir por<br>sí misma casarse o no |
| Ley de Violencia<br>Intrafamiliar (VIF)                                | La violencia ejercida<br>contra las mujeres en el<br>ámbito familiar, incluida<br>la violación conyugal que<br>no estaba tipificada como<br>un delito, a menos que<br>existieran lesiones visibles                                                        | Si no es tipificada como un<br>delito, los juzgadores del ramo<br>penal no pueden conocer<br>de los casos; además, se deja<br>espacio a las acciones de<br>discrecionalidad por parte de<br>los operadores de justicia                     |
| Normas<br>internacionales<br>ratificadas por el<br>Estado guatemalteco | A pesar de estar<br>contenidas en<br>los instrumentos<br>internacionales, en el<br>ámbito nacional no se<br>reconocen o no se da<br>importancia a la violencia<br>física, psicológica y<br>económica, si estas no<br>dejan señales o lesiones<br>visibles | Desde la perspectiva de los<br>operadores de justicia, no<br>socialmente, se reconoce o se<br>da importancia a estos tipos de<br>violencia                                                                                                 |

| <i>Instrumento legal y artículos</i>  | <i>Acción violenta, omisión o negligencia</i>                                                                                                                                                                                  | <i>Interpretación de la vulnerabilidad de los derechos de las mujeres</i>                                                                                                                                                                                         |
|---------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Código Penal, artículos 180, 176, 177 | Para que exista delito de abuso en el trato sexual con niñas menores de 18 años se precisa que la víctima resulte “honesta”                                                                                                    | Supone que los operadores de justicia deben realizar juicios de valor sobre la persona violentada para hacerla merecedora de justicia; su “honestidad” es puesta en entredicho, y se le puede culpar de provocar la acción violenta de la que ha sido objeto      |
| Código Procesal Penal                 | El Ministerio Público no solía iniciar de oficio los procesos penales por delitos sexuales y violación. Se hacía necesaria la denuncia por parte de las personas agraviadas                                                    | La situación en la que se ve inmersa la persona violentada la expone a sufrir presiones y coacción. Además, el inicio de un proceso penal está condicionado por la falta de una cultura de denuncia, por temor o por falta de confianza en el sistema de justicia |
| *Código Penal, artículo 489           | Actos relacionados con el acoso sexual, como ofender, seguir y molestar “a mujeres con requerimientos o proposiciones indebidas, incorrectas, irrespetuosas u obscenas”, son calificados como “faltas a las buenas costumbres” | La sanción para estos casos no excede de 50 días de cárcel, mientras que para las personas agraviadas con estos hechos las consecuencias pueden repercutir en su desarrollo psíquico y emocional                                                                  |

\*\*\* Fuente: Informe Amnistía Internacional, 2005; \* *Associació d'Amistad amb el Poble* de Guatemala, investigación sobre femicidio en Guatemala, 2005.





## EL CONCEPTO DE REGIÓN Y LA RELACIÓN CON LOS JUZGADOS DE PAZ Y CONCILIACIÓN INDÍGENA. EL CASO DE CHAMULA

Jacobo MÉRIDA CAÑAVERAL\*

SUMARIO: I. *Chamula*. II. *Región*. III. *Derecho*. IV. *Derecho indígena*. V. *Región y derecho indígena*. VI. *El Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de Chamula como juzgado regional*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Fuentes de consulta*.

Meses antes del sensible fallecimiento del doctor Ordoñez Cifuentes solicité platicar con él sobre el tema de tesis doctoral que propuse en el DER (Doctorado en Estudios Regionales) y que, a la par, fuera mi asesor externo en el proceso de investigación, en ambos casos acepto gustoso. Meses después me enteré de su lamentable deceso, por lo cual, en agradecimiento a lo que aprendí en sus libros como en su amigable conversación, dedico este modesto trabajo a recordar al maestro y doctor Ordoñez Cifuentes.

Se ha pretendido entender que “regionalizar” significa crear regiones en un sin número de contextos, o bien queda al arbitrio del investigador ubicar su región. Este estudio parte de la idea que si bien las regiones pueden contener una diversidad de objetos, deben de utilizar dos elementos básicos: territorio y procesos sociales relevantes. A partir de esos dos elementos establezco la región de estudio en el municipio de Chamula.

Por lo anterior, el primer apartado de este trabajo es una descripción de Chamula a partir de varias perspectivas (histórica, económica, desarrollo humano, cultural e institucional), que permitan conocer las características de los pobladores, su economía, sus instituciones y su cultura. Relacionado a lo anterior, el segundo tema es darle una perspectiva regional a esos elementos cuantitativos y cualitativos sobre Chamula, la cual retomará la pers-

\* Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la UNACH, cursa el Doctorado en Estudios Regionales, y se desempeña como magistrado de la sala regional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Chiapas.

pectiva municipal o institucional y la cultural con relación al derecho, estos, a la cultura jurídica.

El tercer punto es la definición del derecho desde la cultura y la sociedad, por lo que el derecho se entiende como un producto cultural que tiene como base a la costumbre jurídica y a la actuación del órgano jurisdiccional. En ese contexto regional y cultural del derecho es como se analiza al derecho indígena, en particular las resoluciones judiciales.

Por último, se presenta la relación entre derecho y región, en particular la región de Chamula y el derecho indígena, y las decisiones judiciales como elemento de expresión de la citada relación conceptual.

## I. CHAMULA

Es un municipio mayoritariamente indígena, cuya población total es de 76,941 habitantes, de los cuales 35,555 son hombres, y 41,386 son mujeres. Con una extensión de 82 km<sup>2</sup>, su densidad de población es de 197 hab./km<sup>2</sup>.<sup>1</sup>

El municipio se ubica en la región económica V Altos Tsotsil Tseltal y limita al norte con Larráinzar, Aldama, Chenalhó y Mitontic; al este con Tenejapa y Huixtán; al sur con San Cristóbal de las Casas y Zinacantán, y al oeste con Ixtapa.<sup>2</sup>

Las coordenadas de la cabecera municipal son de 16°47'15" de latitud norte y 92°41'21" de longitud oeste, y se ubica a una altitud de 2,269 metros sobre el nivel del mar.<sup>3</sup>

Los climas existentes en el municipio son: templado subhúmedo con lluvias en verano, que abarca el 64.32% de la superficie municipal; templado húmedo con lluvias en verano el 31.61%; semicálido subhúmedo con lluvias en verano el 3.32%, y el 0.76% de semicálido húmedo con lluvias todo el año.<sup>4</sup>

De mayo a octubre la temperatura mínima promedio va de los 6°C a los 18°C, mientras que la máxima promedio oscila entre 18°C y 30°C. En el periodo de noviembre-abril, la temperatura mínima promedio va de 3°C a 12°C, y la máxima promedio fluctúa entre 15°C y 24°C.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en [www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/Default.aspx?c=27302&s=est](http://www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/Default.aspx?c=27302&s=est), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>2</sup> Comité Estatal de Información Estadística y Geográfica (CEIEG), en [www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#](http://www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> *Idem.*

<sup>5</sup> Comité Estatal de Información Estadística y Geográfica (CEIEG), en [www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#](http://www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#), consultado el 27 de julio de 2012.

La precipitación de mayo-octubre fluctúa entre los 1000 mm y los 1700 mm, y en el periodo de noviembre-abril va de los 100 mm a 500 mm.

Los suelos predominantes son el luvisol (54.23%), acrisol (16.82%), feozem (15.63%), rendzina (12.47%); también existen en menor proporción regosol y caysol. La roca caliza es la predominante en más de la mitad de la superficie con un 58.11%, le sigue la lutita con el 20.89%, y la toba intermedia con 11.59%, existiendo también limonita y arenisca.<sup>6</sup>

### 1. *Historia*

Se ha indicado en este trabajo que el derecho indígena, en cualquiera de sus expresiones, encuentra legitimación y fundamentación en la historia; es decir, el derecho a un sistema jurídico que se aplique a sus miembros, se debe al proceso histórico e identitario que han padecido estos pueblos; sin embargo, en este primer acercamiento a la historia del pueblo de Chamula es evidente que el método idóneo es la propuesta de la historia regional.

La historia regional como descubridora y narradora de características íntimas de los pueblos, que detalla elementos que la historia nacional o estatal pasa por alto, es la que configura a la “matria”,<sup>7</sup> entendida como aquella parte de la historia que recoge la vida de los pueblos que les da sentido en los objetivos más cercanos y vivos, y que en ocasiones sufren el olvido de la “patria”. Para lo anterior, en esta historicidad que se abordará daremos cuenta de la “matria” del pueblo de Chamula, contadas a partir de las propias voces de integrantes que han señalado una interpretación de ciertos hechos históricos.

Es precisamente en la “matria” donde se buscan los elementos configuradores de la identidad de Chamula, no solo del mexicano, sino de otros pueblos indígenas que comparten el mismo origen mayense.

En este caso, se revisarán dos hechos históricos que establecen el carácter de este pueblo que ha resistido a los embates externos de la llamada Guerra de Castas (1867-1870) y a la Rebelión de Jacinto Pérez Pajarito (1911-1914).

La Guerra de Castas la comienza Pedro Díaz Kuskat y Agustina Chechev en el paraje Tsajal Jemel, en el cual inician una nueva procesión religiosa a partir de nuevos santos, ritos y sacerdotisas, que eran más accesibles que el rito de la Iglesia que cobraba diezmos y derechos por los sacramentos. A la par, en ese lugar se dan cita indígenas de varios lugares que, además de incluirse en los nuevos ritos, se dedican a comerciar entre ellos, con

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> González y González, Luis, “Hacia una teoría de la microhistoria”, *Revista Relaciones, Estudios de Historia y Sociedad*, vol. XV, núm. 57, invierno de 1994.

consecuencias funestas en los mercados de San Cristóbal.<sup>8</sup> Esto obligó a que el gobierno enviara sendas cartas a las autoridades centrales del estado, que en ese entonces no se encontraba domiciliado en Jovel, sino en la ciudad de Tuxtla, ordenando la aprehensión de los cabecillas hasta en dos ocasiones, y en la última fueron retenidos en la cárcel de San Cristóbal. Al ser capturados Kuskat y Chechev el movimiento decae y el comercio vuelve a la normalidad con el beneplácito de los sancristobalenses.

Sin embargo, el movimiento se activa cuando el gobierno establece el impuesto de capitación<sup>9</sup> que debería ser cobrado a los indígenas. Ante esto, los indígenas se vuelven a reunir en el paraje de Tsajal Jemel, pero ahora por la necesidad de adquirir productos para el consumo básico, ya que no podían hacerlo en las ciudades vedadas, porque pagarían el citado impuesto.

El segundo momento es conducido por Ignacio Galindo, quien se presenta a los indígenas y para su infortunio, en ese lapso, es asesinado el sacerdote Miguel Martínez. En esos días, Galindo acompañado por contingentes indígenas acude a San Cristóbal para liberar a Kuskat y Chechev, los cuales son liberados, pero Galindo es hecho prisionero. Cuando llegan las fuerzas del gobierno fusilan a Galindo y atacan a los indígenas en las orillas de San Cristóbal y Chamula.

Al final, Kuskat reinicia el movimiento y cambia la sede al paraje Sisim municipio de Chachihuitan, siendo hasta mediados de 1870 cuando se entrega a las fuerzas del gobierno.

La guerra de Jacinto Pérez Ch'ixtot o "Pajarito" inicia en el marco del cambio de poderes del estado, de manera definitiva, a Tuxtla; el deseo de reintegrar la capital política a San Cristóbal; el arribo de un nuevo obispo Francisco Orozco y Jiménez, y la existencia de un líder indígena que vivía en el paraje Saklamenton. Todos esos elementos se conjugaron para iniciar la rebelión, armando a los indígenas por parte de grupos ladinos y apoyados por el líder Pérez Ch'ixtot. Con el apoyo de grupos conservadores y el ancestral resentimiento de los indígenas a los ladinos, se iniciaron las batallas en varias partes del estado, dando como resultado que las fuerzas del gobierno se alzaron con la victoria. A su vez, siendo firmada la paz en la finca Comunidad cercana a Chiapa de Corzo, por un lado, se impone la obligación a los rebeldes de reconocer al gobierno, y por otro, los vencedores se comprometen a no perseguir o juzgar a rebelde alguno. La suerte de "Pajarito" es ser fusilado por fuerzas carrancistas en 1914.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Pérez López, Enrique, *Chamula*, Gobierno del Estado de Chiapas, 1987, pp. 54 y 55.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>10</sup> Pérez López, Enrique, *op. cit.*, pp. 61-66.

En ambos acontecimientos se aprecia que en Chamula siempre ha existido la conciencia clara contra la explotación del grupo ladino, la intervención de *Kaxlanes* en algunos momentos y de líderes indígenas que pueden movilizar al grueso de la población.

## 2. Descripción económica y desarrollo humano

La superficie total sembrada de temporal en el 2011 fue de 8,775, de los cuales 7,739 fueron de maíz, 95 de frijol y 948 de cultivos nacionales. En la producción pecuaria y aviar destaca en primer lugar el ganado bovino, seguido por el ganado ovino, porcino y caprino; mientras que en la producción aviar destacan en primer lugar las gallináceas, seguidos por los guajolotes.<sup>11</sup>

La mayoría de la población percibe y se gana la vida con un salario menor a dos salarios mínimos.<sup>12</sup>

En desarrollo humano chamula tiene índices bajos de alfabetización arriba de 60,000 personas, y los mayores de 18 años con un nivel profesional están por debajo del 1% del total. El número de alumnos egresados de primaria se encuentra arriba de 2,000, mientras que en el nivel medio se encuentra por debajo de 500; atrás de esta última cifra se encuentran los alumnos del profesional técnico y bachillerato. En el caso de la infraestructura educativa existen 121 primarias, 92 primarias indígenas, 16 secundarias y 2 bachilleratos. Por último, el número de docentes de primaria es de 560, mientras que en preescolar, secundaria y bachillerato no reúnen ni a 300 docentes.<sup>13</sup>

En el caso de los servicios médicos, la población que cuenta con estos es ligeramente superior a los 30,000, mientras que los no derechohabientes exceden los 40,000. En aquellos los registrados al IMSS e ISSSTE son mayores a las 2,000 personas. El personal médico desplegado en todo el municipio consta aproximadamente de 90 personas, las cuales están distribuidos en 10 unidades médicas.<sup>14</sup>

El número de nacimientos se aproxima a los 4,976, mientras que la mortalidad es ligeramente arriba de 300.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en [www.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx?ent=07](http://www.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx?ent=07), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>12</sup> Comité Estatal de Información Estadística y Geográfica (CEIEG), en [www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#](http://www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>13</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en [www.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx?ent=07](http://www.inegi.org.mx/sistemas/mexicocifras/default.aspx?ent=07), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> *Idem.*

El índice de marginación en la mayoría de las comunidades es muy alto o alto. Las comunidades de marginación media son: la cabecera municipal, Ucuntic, Yacanpot, Tilil, Lohmo I, Cruz Obispo I, Milpoleta, Romerillo, Crucero, Las Ollas, Racién, Yut Osil II, Yitíc, Pathuitz y Nichnamtic.<sup>16</sup>

Por último, es evidente que el número de monolingües se acentúa en las mujeres y disminuye con los hombres.<sup>17</sup>

## II. REGIÓN

El concepto de región es útil en diversas disciplinas, como la economía, la educación, la historia o el derecho. Esta flexibilidad conceptual de la región es evidente, ya que hace posible el trabajo multi, inter e, incluso, transdisciplinario. La ausencia de contenido en la región puede resultar extraña o excéntrica para otros, mas no para el jurista, ya que en el trabajo diario con las formas o normas jurídicas se encuentra con este tipo de conceptos. Lo mismo sucede con el concepto de región.

La región si bien es un concepto flexible susceptible a diversos usos, necesariamente lleva a dos elementos sin los cuales no es posible entenderla, me refiero al territorio y a los procesos sociales que en él existen.

La región en el derecho indígena no se agota en la geografía, como sucede con el distrito judicial o el municipio, sino que es la oportunidad de enlazar otros elementos que permitan la comprensión de la creación y la aplicación de sus normas. Por ello, en nuestra idea, la región es una herramienta metodológica que permite diseñar espacios normativos *ad hoc* al derecho indígena. En conclusión, “la región es un recurso conceptual que designa a las distintas partes de la realidad geográfica donde tiene lugar la existencia humana”.<sup>18</sup>

### 1. *La región cultural*

Para constituir la región cultural se deben incluir elementos de identidad colectiva, diferenciación cultural y territorial.<sup>19</sup> Son ejemplos de estas

<sup>16</sup> Comité Estatal de Información Estadística y Geográfica (CEIEG), en [www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#](http://www.ceieg.chiapas.gob.mx/perfiles/PHistoricoIndex.php?region=023&option=1#), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>17</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en [www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/Default.aspx?c=27302&s=est](http://www3.inegi.org.mx/sistemas/TabuladosBasicos/Default.aspx?c=27302&s=est), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>18</sup> Palacios L., Juan José, “El concepto de región. La dimensión espacial de los procesos sociales”, *Revista Interamericana de Planificación*, México, núm. 66, junio de 1983, p. 69.

<sup>19</sup> Peña, Guillermo de la, “La región: visiones antropológicas”, *Pasado, presente y futuro de la historiografía regional de México*, México, UNAM-IIH, 1998, pp. 12-24.

regiones culturales-étnicas los pueblos indígenas —aunque no incluye a todos, solo aquellos que demuestran “etnicidad persistente”— que poseen estos elementos, e incluso la diferenciación territorial se encuentra sustentada en los diversos municipios con población mayoritariamente indígena.

En el interior de la región se deben cumplir ciertos requisitos de semejanza u homogeneidad,<sup>20</sup> aunque esto no riñe con la diversidad de elementos que pueden integrarse en su estudio. Estos requisitos son los que permiten hablar de una región económica, educativa o cultural. La propuesta que señalé al principio de este trabajo es entender como región de estudio para el derecho indígena a la región cultural. Luis Villoro define a la cultura como “el conjunto de los rasgos distintivos, espirituales y materiales, intelectuales y afectivos, que caracterizan a una sociedad o un grupo social. Ella engloba, además de las artes y las letras, los modos de vida, los derechos fundamentales del ser humano, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias”.<sup>21</sup>

De igual manera, la región cultural no sería tal sin la perspectiva histórica; esto es, la evolución de las formas culturales. Por ello, es necesario conocer los procesos históricos de una sociedad, así como sus costumbres, sus tradiciones y los lazos afectivos.<sup>22</sup> El derecho indígena encuentra su legitimación no solo en la cultura, sino en la historia. A partir de la “etnicidad persistente” a que hace alusión Guillermo de la Peña, este derecho ha subsistido por el uso de una cultura jurídica; esto es, una cosmovisión del orden y del cuidado de los valores en la sociedad. Entendiendo al derecho como un producto cultural, se debe partir que existe una cultura jurídica indígena que será el elemento homogéneo para determinar la región de los sistemas jurídicos indígenas.

La cultura jurídica, según Friedman, se define como “lo que la gente piensa acerca del derecho, los abogados y el orden legal, es decir, las ideas, actitudes, opiniones y expectativas en relación al sistema jurídico”.<sup>23</sup> En ese sentido, el concepto de cultura jurídica aporta la posibilidad de diferenciar a ambos sistemas, no solo por elementos teóricos, sino mediante elementos culturales, al considerar dos cosmovisiones diferentes del orden. Para

<sup>20</sup> Palacios L., Juan José, *op. cit.*, p. 3.

<sup>21</sup> Citado por Olivé, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, Paidós-UNAM, 1999, p. 41.

<sup>22</sup> Torres Aguilar, Morelos, *Regiones históricas y culturales. La dimensión histórica y cultural de las regiones*, documento del DER.

<sup>23</sup> Citado por Nelder, “Repensando el concepto de cultura jurídica”, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados: regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 142.



Correas,<sup>24</sup> la cultura jurídica aporta los tópicos jurídicos; es decir, los lugares comunes que todo operador debe familiarizar para entender la lógica del sistema. El concepto de cultura jurídica incide en las decisiones judiciales que toman los jueces y las peticiones de los justiciables.

La cultura jurídica indígena —Tsotsil o Tseltal— fundamenta el orden que institucionaliza su derecho; la región o ámbito de aplicación de las normas llegará a donde se encuentren los elementos de configuración de la cultura jurídica indígena, con ello no es criterio la sola proximidad geográfica del distrito judicial. El elemento configurador de esta región sería la cultura jurídica indígena, la cual podría contar con un ámbito territorial que sobrepasa al municipio o podría compactarse en parajes o comunidades. *La cultura jurídica indígena debe ser un elemento configurador del ámbito de validez espacial (región) de las normas del derecho indígena.*

## 2. *La región institucional*

Chamula es un municipio indígena reconocido en la Constitución federal, local y reglas secundarias. Si bien es cierto que el concepto de institución tiene varias perspectivas, en este artículo se le tomará como aquellos espacios o territorios administrativos y jurídicos que existen por disposición del Estado, para efecto de organizar servicios públicos, aplicación de normas jurídicas, o bien espacios de convivencia y organización social.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), esta institución municipal se regula a partir del artículo 39, que determina el régimen interno del Estado mexicano, el cual está constituido “...en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental”.<sup>25</sup> Es el régimen federal que abona al fortalecimiento del municipio libre, ya que traslada gran parte de la regulación a la esfera de las entidades federativas bajo las premisas mínimas que regula principalmente el artículo 115 constitucional, el cual establece, en lo que interesa a este trabajo, la base de la división territorial sustentada en el municipio libre y el gobierno me-

<sup>24</sup> Correas, Óscar, “Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico”, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados: regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 71-82.

<sup>25</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc), consultado el 15 de junio del 2012.

diente el ayuntamiento, que está integrado por los regidores, el síndico y el presidente municipal.<sup>26</sup>

En el caso de los municipios con población mayoritariamente indígena, se debe tomar en cuenta la regulación del artículo 2o. constitucional, que reconoce la pluriculturalidad de la nación mexicana, así como los derechos que surgen en su beneficio, para garantizar la autonomía, identidad y diferencia cultural. Se encuentran regulados el derecho de consulta; la aplicación de sus propios sistemas normativos; la libre determinación y autonomía, así como la elección de autoridades tradicionales; adoptar sus propias maneras de convivencia social, política y económica, y tener el derecho de acceder a la jurisdicción del Estado.<sup>27</sup> Lo anterior significa que el concepto de institución se complejiza a partir de la propia norma constitucional, ya que toma en cuenta elementos particulares de cada cultura indígena, ya sea comunidad o municipio.

En el orden local, el artículo 7o. de la Constitución Política del Estado de Chiapas señala el reconocimiento del derecho a elegir a sus autoridades tradicionales, así como el resolver sus controversias mediante usos y costumbres propias de cada pueblo.<sup>28</sup>

Ahora bien, la anterior descripción normativa permite considerar al municipio de Chamula, conforme a las características generales que establece la Constitución federal y local, como una región institucional a partir de las normas del Estado y, a la vez, sustentada por normas tradicionales. Estas normas se expresan a través de una serie de autoridades municipales y de una red de funcionarios comunitarios, consistente en agentes municipales y diversos comités que atienden diversos temas, como drenaje, educación, caminos, entre otros.<sup>29</sup>

Cabe decir que en aquellas comunidades donde no existen agentes municipales, se encuentran los comités que atienden los diversos problemas según el ramo, e incluso sirven de instancias de resolución de conflictos.

### III. DERECHO

Uno de los problemas más graves en el reconocimiento de la norma jurídica indígena ha sido precisamente las críticas que le enderezan desde el

<sup>26</sup> *Idem.*

<sup>27</sup> *Idem.*

<sup>28</sup> Poder Judicial del Estado de Chiapas, en [www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/31a9constsigloxxi25abril12.pdf](http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/31a9constsigloxxi25abril12.pdf), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>29</sup> Información entregada por el Ayuntamiento de Chamula.

positivismo jurídico o derecho positivo. El problema radica en que se trata de analizar al derecho indígena desde modelos teóricos que se inspiran en el derecho occidental, particularmente en el derecho legislado. Es lógico que tales teorías no expliquen de manera satisfactoria las normas jurídicas indígenas, sus fuentes, las maneras de reforma o abrogación, sanciones o valores. Por ello, en este trabajo propongo variar esa concepción del derecho, a otra que permita el trabajo científico y el diálogo cultural entre los diversos sistemas jurídicos: el indígena y estatal.

Por ello, propongo que el estudio del derecho indígena en Chiapas, particularmente en Chamula, sea a partir de su naturaleza consuetudinaria. El derecho indígena como toda norma de esa naturaleza requiere de dos elementos configurativos: la *inveterada consuetudo*, que es la repetición constante de la conducta prescrita como valiosa o elemento objetivo, y la *opinio iuris*, como aquel elemento subjetivo consistente en la necesidad de reproducir la conducta por los sujetos miembros del grupo. A estos dos elementos se debe agregar uno más:

...por último el reconocimiento que de la costumbre hagan los jueces u otras autoridades jurídicas. La importancia que se conceda a este factor en la definición o en el reconocimiento del derecho consuetudinario es, en algún sentido, la piedra de toque del fundamento teórico con el que se admita la costumbre jurídica.<sup>30</sup>

A partir de esta propuesta el estudio del derecho indígena será a través de las resoluciones judiciales, las cuales contienen las costumbres seleccionadas por el juez, el caso concreto y los criterios normativos. Las decisiones de los jueces indígenas son determinadas por la cultura jurídica indígena y por las características del caso en particular.

Se entiende a la decisión judicial o fallo como “la parte dispositiva en la que aparece la respuesta a las peticiones de las partes”;<sup>31</sup> esta es de carácter formal, ya que su contenido no necesariamente define la razón que las partes esgrimen. En estas decisiones se encuentra la norma o regla del caso concreto, que se obtienen de la aplicación de la norma general (costumbre jurídica) a los hechos probados o alegados (caso concreto). Esta decisión no puede ser comprendida sin considerar las causas y los aspectos culturales que la enmarcan. Las decisiones judiciales son de carácter particular y no

<sup>30</sup> Guibourg, Ricardo A., “Fuentes del derecho”, *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 183.

<sup>31</sup> Nieto, A., *El arbitrio judicial*, España, Ariel, 2000, p. 107

pueden ser aplicados a casos diferentes, pero sirven de pauta para la resolución de casos semejantes.

Las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos indígenas se construyen de manera diferente que en el derecho del Estado; mientras que en estos los jueces se encuentran constreñidos por la legislación y las comunidades, debiendo resultar en un acuerdo armonioso inspirado en principios de justicia restaurativa, en el caso del derecho del Estado, la sentencia es un acto de poder en la cual alguno de los peticionarios no obtiene lo que pidió.

En el primer caso la construcción de las decisiones parte de diferente manera, evidenciando las faltas o desatinos de la parte responsable. Por ello, los jueces indígenas deben buscar entre la costumbre, el caso particular y las anteriores resoluciones, la respuesta al que se les presenta. En mi opinión, el conocimiento de estos criterios legales o jurisprudenciales por parte de los operadores jurídicos del Estado facilitaría el diálogo cultural o la resolución de conflictos.

#### IV. DERECHO INDÍGENA

Se pueden tener dos perspectivas del derecho indígena: una disciplinar, en la que participa el derecho, y otra transdisciplinaria, con varios enfoques científicos de carácter social. El primero lo define como aquellas normas jurídicas que regulan la relación entre los pueblos indígenas y la sociedad en general, que incluye la sociedad política o Estado; en esta concepción las normas son de naturaleza estatal, encontrándose en la Constitución de los estados o en otras normas secundarias escritas; mientras que en la concepción transdisciplinaria son normas jurídicas que las comunidades o pueblos adoptan en ejercicio de su identidad cultural, pasado histórico y autonomía, para la resolución de los conflictos internos. Por esto, la idea del derecho indígena no puede explicarse exclusivamente desde la visión disciplinar de la ciencia jurídica, sino que requiere de diversos enfoques que crean un espacio nuevo, esto es, desde la transdisciplina. En conclusión, se concibe al derecho indígena “como producto complejo de la cultura indígena entendido como el conjunto coherente de discursos prescriptivos amenazadores emitidos por una voluntad de poder y legitimados por un acto de reconocimiento”.<sup>32</sup>

El derecho indígena regula sistemas normativos independientes de la potestad del Estado; los ámbitos regionales o de aplicación de sus normas

<sup>32</sup> Mérida Cañaveral, Jacobo, *El concepto de derecho indígena*, México, Poder Judicial del Estado de Chiapas, 2010, p. 71.

suelen ser diferentes a la norma jurídica tradicional. Para Collier,<sup>33</sup> en alusión al derecho zinacanteco, existen tres instancias legales que presuponen la idea de región: el paraje, el cabildo municipal y los juzgados ladinos.

Hoy en día se pueden encontrar tres ámbitos del derecho indígena: el municipio, las juntas de buen gobierno<sup>34</sup> y los parajes o justicia comunitaria. La idea de región que se observa en los tres ejemplos anteriores está vinculada a los ámbitos de aplicación de la norma jurídica, entendidos estos últimos como aquellos territorios en los que una norma es válida y excluye a otras de su aplicación.

### 1. *Los juzgados de paz y conciliación indígena*

Se entiende al derecho indígena como aquella justicia organizada por el Estado, con un ámbito espacial de validez de las normas que es fijado por los límites municipales y por la cuantía de los negocios; es cercana a la idea disciplinar que expuse anteriormente. Esta región institucional se encuentra regulada en los artículos 86 al 92 del Código de Organización del Poder Judicial del Estado de Chiapas,<sup>35</sup> por lo que es evidente que esta idea de región parte del mismo sistema jurídico mexicano, el cual comprende “el conjunto de instituciones gubernamentales, normas jurídicas, actitudes y creencias vigentes en un país sobre lo que es el derecho”.<sup>36</sup>

La idea municipalista de la justicia ofrece varias ventajas al derecho indígena, ya que coincide con sus notas esenciales como: la oralidad, la prontitud, la inmediatez y la ausencia de formalidades en las actuaciones judiciales; sin embargo, no ofrece un ámbito de jurisdicción real para la solución de los problemas, porque son instancias conciliatorias y no jurisdiccionales.

### 2. *Las juntas de buen gobierno*

Son formas de organización que merecen particular atención, ya que estas aplican las normas jurídicas indígenas no como parte del derecho estatal mexicano, sino como parte del concepto de autonomía, entendido este último como “el derecho de administrar sus territorios con una autonomía

<sup>33</sup> Collier, Jane, *El derecho zinacanteco*, Tuxtla Gutiérrez, UNICACH, 1993.

<sup>34</sup> Coello Nuño, Ulises *et al.*, *Sistema jurídico sui géneris de los tzelttales tenejapanecos en los altos de Chiapas*, manuscrito no publicado, 2010.

<sup>35</sup> Poder Judicial del Estado de Chiapas, en [www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/96b0codorgpodjudedo-bueno.pdf](http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx/forms/archivos/96b0codorgpodjudedo-bueno.pdf), consultado el 27 de julio de 2012.

<sup>36</sup> Sirvent, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2000, p. 5.

jurídica y política propia”.<sup>37</sup> La autonomía es territorial y tiene como consecuencia lógica la aplicación de normas creadas por el propio ente autónomo, de carácter regional y democrático. En esos términos, se debe concebir a las juntas de buen gobierno zapatistas, que ejercen el control en un territorio determinado, como entes autónomos que aplican sus propias normas para fines políticos y de control social. El lado negativo de este ámbito es el alto nivel de ruptura con el sistema jurídico del Estado, lo que no permite establecer comunicación alguna con los contenidos normativos y con las autoridades.

### 3. *La justicia comunitaria*

Por último, se encuentra el paraje o comunidad, que tiene reconocimiento constitucional en el cuarto párrafo del artículo 2o. de nuestra carta magna. El elemento básico de la comunidad o paraje es la unidad cultural que ofrece en la aplicación de las normas jurídicas. Este tipo de justicia es conciliatoria, marginal y rudimentaria, aunque los grados de eficacia pueden ser variables. La justicia comunitaria que fue desempeñada por largo tiempo por los ancianos, ahora la ejerce el agente municipal y, en su defecto, los comités comunitarios.

## V. REGIÓN Y DERECHO ÍNDIGENA

La región en el derecho se ha utilizado para delimitar competencias o ámbitos de validez. Aunque la teoría jurídica no utilice tal término, las normas jurídicas requieren del espacio como elemento contenedor y teatro de las actuaciones legales.

El concepto de región en el ámbito del derecho parece un elemento extraño o ajeno; sin embargo, en él existen procesos de regionalización que se pueden llamar “tradicionales”, como el distrito judicial y el municipio, los que el derecho ha utilizado como un criterio organizacional para la aplicación de las normas jurídicas, pero cuando se trata del derecho indígena falla o son insuficientes. Esto se debe a que el derecho indígena no obedece a criterios del derecho legislado, ya que su creación, derogación o abrogación la constituyen dinámicas sociales desde la costumbre jurídica. Por lo anterior, en este trabajo plantearé otra alternativa de regionalización para el derecho indígena, que ofrezca un método útil y eficaz para entender los procesos propios de las normas jurídicas indígenas.

<sup>37</sup> Díaz Polanco, Héctor, “Las voces de la autonomía regional en México”, *La autonomía de los pueblos indios*, México, Cámara de Diputados, 1996, p. 83

*La aplicación clásica del concepto de región en el derecho*

El distrito judicial es la regionalización tradicional por excelencia del sistema jurídico mexicano. El antecedente remoto es el llamado “distrito audiencial”<sup>38</sup> que se aplicó en tiempos de la Colonia; este distrito colonial estaba integrado por sendas regiones o provincias de grandes extensiones que tenían como punto de partida a la Audiencia. Al interior de estas se encontraban los partidos judiciales, que eran circunscripciones menores en las cuales se nombraban a los jueces de letras. En la Nueva España se crearon tres audiencias: la primera en la Ciudad de México, la segunda en Guadalajara, y al final la de Saltillo. Estos distritos eran constituidos por un mínimo de dos oidores o magistrados que resolvían los asuntos en segundo y tercera instancia. Las audiencias coloniales sobrevivieron varios años después de consumada la Independencia, pero en la etapa independiente, para sustituirlas se crearon dos formas de organización en la nueva justicia federal: el circuito y el distrito.

En 1826 se expide la Ley de los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, que de forma rudimentaria regulaba, entre otras cosas, el territorio<sup>39</sup> o ámbito espacial de validez de los nuevos tribunales. Estas nuevas formas de regionalización eran las mismas de la Colonia, esto es, la Audiencia y el partido. En el ámbito local se utilizó la nueva terminología destacando el distrito judicial, al grado que hace apenas algunos años varios distritos judiciales chiapanecos eran nombrados con términos del siglo XIX, como fueron Mezcalapa o Las Casas.

Por lo anterior, el origen del distrito judicial es castellano o europeo. Por ello, obedece a la lógica del derecho legislado más que al derecho indígena de origen consuetudinario. El distrito judicial se define por la proximidad o continuidad geográfica del territorio. Esto es así, debido a que los sistemas nacionales modernos son homogéneos o uniformes, buscando la cercanía del juzgado o tribunal. En cambio, en el derecho indígena los procesos de formación y derogación son variables en ámbitos diversos, como la comunidad, el paraje, en villas o pequeñas ciudades. Por lo anterior, la demarcación en distritos judiciales no abona para entender los procesos de aplicación o de derogación de las normas indígenas, dando con ello una falsa representación.

El municipio como figura organizativa ciudadana posee una gran tradición histórica europea, teniendo su antecedente remoto en la antigua Roma.

<sup>38</sup> Soberanes Fernández, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p. 38.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 58.

En la época de la conquista, el municipio fue trasplantado en las nuevas tierras: el primer acto jurídico de Hernán Cortes fue constituir la primera ciudad española en tierras firmes americanas el 22 de abril de 1522, en un paraje llamado Quiahuiztla, que denominó Villa Rica de la Vera Cruz, fundándose con ello el primer ayuntamiento; después se crea el cabildo de Coyoacán y en 1524 el de la Ciudad de México.<sup>40</sup>

Como herencia castellana, los cuerpos edilicios, por lo regular, fueron la primera instancia para resolver los litigios vecinales o de la comunidad —hay que recordar que “alcalde” proviene del vocablo árabe *al'kade* que significa juez—, que originó, en ese entonces, la constitución de un tipo de justicia sencilla y no formalista, la cual buscaba resolver o arreglar los pleitos. A la par subsistió el llamado “fuero indígena”,<sup>41</sup> que no fue otra cosa que la supervivencia de las normas indígenas en los pueblos de indios, donde se seguían aplicando para dirimir sus controversias, siempre y cuando no estuvieran en contra de las leyes de indias y de la fe cristiana.

Al desaparecer el “fuero indígena” y los pueblos o repúblicas de indios, en el México independiente surge el municipio como una figura básica del Estado mexicano, constituyéndose la llamada “justicia municipal”, con la cual se fusionan las normas indígenas más componedoras que sancionadoras. A partir de ahí, el municipio se convierte en el ámbito de aplicación de normas consuetudinarias, sobre todo en aquellos donde la población es mayoritariamente indígena; sin embargo, los sistemas consuetudinarios indígenas se diversifican y se encuentran en otros ámbitos, como el paraje y la comunidad. Lo anterior hace pensar que la justicia municipal no es depositaria única del derecho indígena, sino que es un ámbito más de validez y de expresión normativa.

<sup>40</sup> Moreno Espinoza, Roberto, *Origen y evolución del municipio en el Estado de México*, Gobierno del Estado de México, 1992, p. 49.

<sup>41</sup> De los fueros o espacios institucionales de aplicación de normas ajenas a un sistema jurídico hegemónico, existen varios ejemplos. Los mismos aztecas toleraban la conservación de normas e instituciones de sus vasallos, preocupándose solo por la tributación. En el caso del derecho castellano —aun en los tiempos celibéricos—, es con el derecho romano mediante la fórmula *provinciae*, que era una especie de constitución administrativa y civil de sus colonias que conservaban sus leyes y sus autoridades. Esquivel y Obregón, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 3a. ed., México, Porrúa, pp. 16-19. Sin embargo, es hasta la reconquista mediante las leyes forales, que el rey permitió la existencia de sistemas consuetudinarios de la ciudad o villas que se iban sustrayendo del poder islámico, mediante la promulgación de leyes forales, cartas puebla, privilegios o fueros breves o extensos. Cruz Barney, Oscar, *Historia del derecho de México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004, pp. 76-81.



## VI. EL JUZGADO DE PAZ Y CONCILIACIÓN INDÍGENA DE CHAMULA COMO JUZGADO REGIONAL

Las formas anteriores que aborde en este trabajo (juzgados de paz y conciliación, justicia comunitaria y juntas de buen gobierno) constituyen procesos de regionalización en el derecho indígena. En ese sentido, el concepto de región le viene bien a estas normas, porque constituyen territorios de aplicación o ámbitos de validez de la norma jurídica indígena. Entonces, la relación entre el concepto de región y los sistemas jurídicos indígenas es positiva, ya que integran elementos culturales, económicos, históricos y normativos en los diversos actos jurídicos, y además consolidan el aspecto consuetudinario. En este trabajo se abordará el estudio de los juzgados de paz y conciliación indígena, particularmente de Chamula, como juzgados regionales que integran un espacio institucional y una cultura jurídica en las decisiones de los jueces.

Se propone en este trabajo estudiar al Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de Chamula como un “juzgado regional”. Se entiende como juzgado regional aquel que sus funciones se encuentran condicionados por regiones; esto es, procesos sociales que se generan o no, terminan o no, en un territorio.

El caso de estudio es determinado por dos tipos de región: institucional y cultural. Por ello, el juzgado regional de Chamula recepciona y conserva una cultura jurídica determinada en un espacio institucional como es el municipio.

En ese sentido, el juzgado regional de Chamula recibe casos de todas las localidades del municipio y de la cabecera municipal. Es el caso de las defunciones. Como es sabido, al fallecer una persona los deudos pueden optar entre dos procedimientos para obtener el acta de defunción: directamente en San Cristóbal de las Casas en el registro civil ubicado en la Unidad Administrativa, que resulta oneroso en traslado y gastos accesorios; o bien en los primeros días posteriores al deceso pueden dar aviso al juez de paz y conciliación para que dé fe de la muerte de una persona, con la ventaja de que es un procedimiento sencillo, gratuito y barato. Aquí, la actuación del juez es dar fe que la muerte no fue por causa violenta, si fuera así deberá dar parte al Ministerio Público. Como se aprecia, el juez en este caso no genera una decisión judicial, sino que solo procede como una autoridad de buena fe.<sup>42</sup> En este sentido, las defunciones ocupan gran parte del trabajo de los juzgados indígenas, siendo los casos provenientes de todas las localidades del municipio.<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Datos obtenidos en entrevista con la secretaria de acuerdos del Juzgado de Chamula.

<sup>43</sup> *Idem.*

Al realizar la revisión de expedientes y registrar el lugar de los hechos motivo de la controversia, se evidenció que las funciones del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena alcanzan diversas partes del municipio.<sup>44</sup>

Igualmente, el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena es una autoridad auxiliar en otros procesos, sobre todo en materia de notificaciones y citaciones. Por lo tanto, la extensión de las comunicaciones procesales genera la idea de la extensión regional de las actividades del juzgado en el municipio.<sup>45</sup>

Por lo anterior, el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena es de carácter regional, ya que aplica la costumbre jurídica indígena, patentiza el uso de una cultura jurídica indígena diversa a la cultura del derecho del Estado, y genera o finaliza procesos sociales en un territorio institucionalizado, como es el caso del municipio de Chamula.

## VII. CONCLUSIONES

De la exposición de los temas e ideas del presente trabajo, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

- Chamula es un territorio accesorio al valle de Jovel, compuesto de hondonadas, con vegetación que va desde un bosque de coníferas hasta matorrales en las zonas menos frías.
- Chamula posee una identidad cultural forjada a partir de su rebelión a la explotación que ha sido objeto por parte de la población ladina, lo que se ha reflejado en movimientos o rebeliones que han llegado a las armas.
- Chamula es un municipio de alta a media marginación, con un serio rezago educativo y de salud, y con una media población monolingüe que impacta sobre todo a las mujeres.
- El municipio de Chamula se encuentra regulado en la Constitución federal y local; asimismo, cuenta con una estructura de agentes municipales y de comités que ejercen las funciones de vigilancia, cuidado y de resolución de conflictos.
- El estudio del derecho indígena se hace a partir de dos regiones: cultural e institucional.
- La región cultural se encuentra determinada por una cultura jurídica indígena que posee características propias y diversas a la cultura del derecho del Estado.

<sup>44</sup> *Idem.*

<sup>45</sup> *Idem.*

- Se ha propuesto el estudio del derecho y de la costumbre indígena a partir de las decisiones que toman los jueces para resolver los casos que se le presentan.
- Se ha definido disciplinaria y transdisciplinariamente al derecho indígena, ilustrando como ejemplos de ello a las juntas de buen gobierno, la justicia comunitaria y el juzgado de paz y conciliación.
- El concepto de región ha sido utilizado en el derecho para delimitar los espacios de aplicación de las normas; por ello, se habla de un uso clásico de la región.
- El concepto de región en el derecho indígena enriquece el estudio de las normas jurídicas y además armoniza, de buena manera, a los sistemas consuetudinarios.
- Por todo lo anterior, a partir de datos cuantitativos y de archivo se propuso que el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de Chamula sea un juzgado regional.

## VIII. FUENTES DE CONSULTA

### 1. *Bibliografía*

- COELLO NUÑO, Ulises *et al.*, *Sistema jurídico sui géneris de los tzelttales tenejapanecos en los altos de Chiapas*, manuscrito no publicado.
- COLLIER, Jane, *El derecho zinacanteco*, Tuxtla Gutiérrez, UNICACH, 1993.
- CORREAS, Óscar, “Cultura jurídica, poder judicial y pluralismo jurídico”, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados: regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CRUZ BARNEY, Óscar, *Historia del derecho de México*, 2a. ed., México, Oxford, 2004.
- DÍAZ POLANCO, Héctor, “Las voces de la autonomía regional en México”, *La autonomía de los pueblos indios*, México, Cámara de Diputados, 1996.
- ESQUIVEL Y OBREGÓN, Toribio, *Apuntes para la historia del derecho en México*, 3a. ed., México, Porrúa.
- GONZÁLEZ Y GONZÁLEZ, Luis, “Hacia una teoría de la microhistoria”, *Revista Relaciones, Estudios de Historia y Sociedad*, vol. XV, núm. 57, invierno de 1994.
- GARZÓN VALDEZ, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (coords.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000.

- MÉRIDA CAÑAVERAL, Jacobo, *El concepto de derecho indígena*, México, Poder Judicial del Estado de Chiapas, 2010.
- MORENO ESPINOZA, Roberto, *Origen y evolución del municipio en el Estado de México*, Gobierno del Estado de México, 1992.
- NELDER, “Repensando el concepto de cultura jurídica”, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados: regulación, cultura jurídica, multiculturalismo, pluralismo jurídico y derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- NIETO, Alejandro, *El arbitrio judicial*, España, Ariel, 2000.
- OLIVÉ, León, *Multiculturalismo y pluralismo*, México, Paidós-UNAM, 1999.
- PALACIOS L., Juan José, “El concepto de región. La dimensión espacial de los procesos sociales”, *Revista Interamericana de Planificación*, México, núm. 66, junio de 1983.
- PEÑA, Guillermo de la, “La región: visiones antropológicas”, *Pasado, presente y futuro de la historiografía regional de México*, México, UNAM-IIIH, 1998.
- PÉREZ LÓPEZ, Enrique, *Chamula*, Gobierno del Estado de Chiapas, 1987.
- SIRVENT, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2000.
- SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, *El Poder Judicial Federal en el siglo XIX*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- TORRES AGUILAR, Morelos, *Regiones históricas y culturales. La dimensión histórica y cultural de las regiones*, documento del DER.

## 2. Fuentes de internet

[www.inegi.org.mx](http://www.inegi.org.mx)

[www.ceieg.chiapas.gob.mx](http://www.ceieg.chiapas.gob.mx)

[www.diputados.gob.mx](http://www.diputados.gob.mx)

[www.poderjudicialchiapas.gob.mx](http://www.poderjudicialchiapas.gob.mx)



INDIGENISMO Y FUNCIÓN PÚBLICA.  
EL ACCESO DE INTEGRANTES DE GRUPOS  
AJENOS AL EUROCENTRISMO CULTURAL  
A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Daniel MÁRQUEZ GÓMEZ  
Rosa María MATÍAS ESTRADA  
Arturo MANJARREZ MOSQUEDA

*In memoriam* a José Emilio  
Rolando Ordóñez Cifuentes

SUMARIO: I. *Crítica al “indigenismo”*. II. *Función pública y grupos ajenos al eurocentrismo cultural*. III. *El acceso de integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural a las funciones públicas*. IV. *Acciones colectivas como garantía para el acceso de los grupos ajenos al eurocentrismo cultural a la función pública*. V. *Bibliografía*. VI. *Obras publicadas por el doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*.

I. CRÍTICA AL “INDIGENISMO”

Es común escuchar la palabra “indígena” para referirse a quiénes, desde su pertenencia a una identidad, cultura<sup>1</sup> o nacionalidad, comparten determinadas características diversas del “eurocentrismo cultural”.<sup>2</sup> Sin embargo, la

<sup>1</sup> Para los efectos de esta reflexión entiéndase por “cultura” el conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, en este caso la “cultura” se relaciona con los grupos que originariamente ocupaban el actual territorio de la República Mexicana.

<sup>2</sup> En este trabajo la palabra “eurocentrismo” se refiere a la tendencia que sostiene que los valores culturales y sociales de Europa Occidental constituyen patrones o modelos universales, que se sustenta en la falacia: Occidental = Helenístico + Romano + Cristiano, véase Dussel, Enrique, *Europa, modernidad y eurocentrismo*, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/dussel/artics/europa.pdf> y <http://www.enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>, consultado el 1o. de febrero de 2012.

voz “indígena” no describe de manera apropiada a las personas que comparten una identidad que se contrapone al “eurocentrismo cultural”.

El propósito de este trabajo es mostrar cómo categorías como “indígena” o “indigenismo”, que se incorporan al discurso jurídico e institucional, no describen a los “grupos” culturales que no comparten originalmente las características del “eurocentrismo cultural” y, además, cómo generan discriminación al ocultar problemas como el acceso de esos “grupos culturales” a los cargos públicos y a la función pública, lo que muestra un divorcio entre el discurso jurídico y la realidad.

En principio, según el diccionario de la Real Academia, la palabra “indígena” proviene del latín *indigēna*, que como adjetivo significa “originario del país de que se trata”. Como se advierte la palabra tiene evidentes connotaciones territoriales. Otra forma de delimitar etimológicamente la palabra “indígena”, es acudir a las voces latinas *Inde* “de allí” y *gens* “población”,<sup>3</sup> sin embargo esta delimitación también se refiere al territorio. Tampoco se puede ignorar que la palabra *gens* proviene del indoeuropeo *gen* y significa “nacimiento, origen, tribu, familia”.

Por otra parte la palabra “indio” que adquirió carta de naturaleza para denominar a los naturales de América, tampoco se podría aplicar atendiendo al error de Cristóbal Colón al considerar que el territorio del actual Continente Americano eran las “Indias”; cuando se descubrió el error, a ese territorio se le llamó “Indias Occidentales” para distinguirlo de las “Indias Orientales”.

Como lo destaca Arturo Warman, antes de la conquista española no había indios. Existían distintas naciones, diversas clases, varias áreas culturales con diferentes niveles de organización de la producción, de la sociedad y del poder político y varios estados autónomos dentro de las actuales fronteras de México. No se conoce con precisión las categorías que usaban para establecer y analizar los componentes de las distintas sociedades y las relaciones entre ellas, pero ninguna era la de indio.<sup>4</sup>

El debate sobre los naturales, que en lo particular inaugura la visión eurocentrista sobre los pueblos originarios en América, se desprende de la Junta de Valladolid celebrada entre 1550 y 1551 en el Colegio de San Gregorio en Valladolid, donde destacan las posturas encontradas de Fray Bar-

<sup>3</sup> En uno de sus significados “población” refiere al conjunto de personas que habitan la Tierra o cualquier división geográfica de ella.

<sup>4</sup> Warman, Arturo, *Indios y naciones del indigenismo*, Chile, Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, en: [www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf](http://www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf), y <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=265468>, consultado el 3 de febrero de 2012.

tolomé de las Casas, afianzada por Francisco de Vitoria, y la de Juan Ginés de Sepúlveda.<sup>5</sup>

En el *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Juan Ginés de Sepúlveda, argumentaba en boca de “Demócrates”, las diferencias entre la cultura española y la prehispánica, afirmando:

...Compara ahora estas dotes de prudencia, ingenio, magnanimidad, templanza, humanidad y religión, con las que tienen esos hombrecillos en los cuales apenas encontrarás vestigios de humanidad; que no sólo no poseen ciencia alguna, sino que ni siquiera conocen las letras ni conservan ningún monumento de su historia sino cierta obscura y vaga reminiscencia de algunas cosas consignadas en ciertas pinturas, y tampoco tienen leyes escritas, sino instituciones y costumbres bárbaras. Pues si tratamos de las virtudes, qué templanza ni qué mansedumbre vas á esperar de hombres que están entregados á todo género de intemperancia y de liviandades, y comían carne humana.<sup>6</sup>

El mismo Juan Ginés de Sepúlveda argumentaba en torno al régimen de sujeción para españoles y “bárbaros”. A los primeros se les sujeta a las leyes civiles, en cambio a los segundos el dominio heril:<sup>7</sup>

Á los hombres probos, humanos é inteligentes, les conviene el imperio civil, que es acomodado a los hombres libres, ó el poder regio que imita al paterno: á los bárbaros y á los que tienen poca discreción y autoridad les conviene el dominio heril y por eso no solamente los filósofos sino también los teólogos más excelentes, no dudan en afirmar que hay algunas naciones á las cuales conviene el dominio heril más bien que el regio ó el civil; y esto lo fundan en dos razones; ó que son esclavos por naturaleza, como los que nacen en ciertas regiones o climas del mundo, ó en que por la depravación de las costumbres ó por otra causa, no pueden ser contenidos de otro modo dentro de los términos del deber.

Como se advierte, el “bondadoso” fraile dominico Ginés de Sepúlveda consideraba a los “indios” bárbaros, apenas humanos, sujetos al dominio o autoridad del amo.

<sup>5</sup> En esa reunión participaron Domingo de Soto, Bartolomé Carranza y Melchor Cano, que después, cuando partió al Concilio de Trento, fue sustituido por Pedro de la Gasca.

<sup>6</sup> Ginés de Sepúlveda, Juan, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, advertencia de Marcelino Menéndez y Pelayo, estudios por Manuel García-Pelayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 97-105. El título en latín de la obra es: *Democrates, secundus sive de justid belli causis*. La obra se estructura en forma de diálogo entre Demócrates y Leopoldo.

<sup>7</sup> *Ibidem*, pp. 169-177. No se debe olvidar que lo “heril”, proviene del latín “herus” que significa amo, por lo que es lo relativo o perteneciente al amo.



Los argumentos mencionados líneas arriba fueron refutados por Fray Bartolomé de las Casas en sus obras *De Unico Vocationis Modo*,<sup>8</sup> en donde se destaca que la norma establecida por la divina providencia para enseñar a los hombres la verdadera religión, a saber: persuasiva del entendimiento con razones suavemente atractiva, exhortativa de la voluntad, y en *treinta proposiciones muy jurídicas*. Además, dentro de la proposición XXIII señala que: *Sojuzgadlos [a los indios] primero por guerra es forma y vía contraria a la ley y yugo suave y carga ligera de mansedumbre de Jesucristo...* Sin embargo, en la lógica del eurocentrismo cultural, en la proposición XVII, otorga jurisdicción universal sobre las “Indias” a los reyes de Castilla y León.

Como se advierte, una de las visiones del eurocentrismo del siglo XVI español era la del “indio” como bárbaro, la otra miraba al “indio” como menor de edad susceptible de “evangelizar”, esto es, de imposición cultural. Una de las dimensiones derivadas de este proceso, con presencia en nuestro país desde 1910, en el llamado indigenismo.<sup>9</sup>

Con esta visión en abril de 1940, durante el gobierno de Lázaro Cárdenas, se realiza en Pátzcuaro, Michoacán, el Primer Congreso Indigenista Interamericano. El 4 de diciembre de 1948, Miguel Alemán creó el Instituto Nacional Indigenista, como organismo descentralizado, con personalidad jurídica propia.

Como ejemplo de lo anterior, el Censo de 1970 destacaba la presencia de 56 grupos culturales que no comparten las características del eurocentrismo cultural: Kuminani, Cucapá, Paipai, Cochimí, Kiliwa, Seri, Tequistlateco o Chontal de Oaxaca, Tlapaneco, Pame, Chichmeco, Jonaz, Otomí, Mazawa, Mazatlanca, Ocuilteco, Mazateco, Popoloca, Ixcateco, Chocho-Popoloca, Mixteco, Cuicateco, Trique, Amuzgo, Chatino, Zapoteco, Chinanteco, Huave, Pápago, Pima Alto, Pima Bajo, Tepehuano, Yaquí, Mayo, Tarahumara (Raramuri), Guarijio, Cora, Huichol, Nahua, Huasteco, Mayas Peninsular, Lacandón, Chontal de Tabasco, Chol, Tzeltal, Tzotzil, Tojolabal, Chuj, Jacalteco, Mame, Motozintleco, Mixe, Popoloca, Zoque, Totonaco, Tepehua, Purépecha o Tarasco y Kikapú.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Existe una cita de la versión al español con el título: *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, en Méndez Plancarte, Gabriel, *Humanismo Mexicano del siglo XVI*, México, UNAM, 1946.

<sup>9</sup> Warman, Arturo, “Indios y naciones del indigenismo”, *Revista Nexos*, Chile, Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, en: [www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf](http://www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf), y <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=265468>, consultado el 3 de febrero de 2012.

<sup>10</sup> Mapa: *México indígena*, elaborado por el Instituto Nacional Indigenista, con texto de Alfonso Villa Rojas y diseño y realización de Luis Beltrán G., contenido en la obra *Gomezjara*, Francisco A., *Sociología*, 24a. ed., México, Porrúa, 1993, mapa insertado entre las pp. 24 y 225.

Como lo destaca Arturo Warman, antes de la conquista española no había indios; sino distintas naciones, diversas clases, varias áreas culturales con diferentes niveles de organización de la producción, de la sociedad y del poder político y varios estados autónomos dentro de las actuales fronteras de México. No se conoce con precisión las categorías que usaban para establecer y analizar los componentes de las distintas sociedades y las relaciones entre ellas, pero ninguna era la de indio. Esta surgió para distinguir globalmente, para agrupar de manera indiferenciada a los descendientes de los pobladores anteriores a su llegada y el indio fue una categoría social que se aplicó en todo el ámbito del sistema colonial español con excepción de las colonias europeas. Había indios en Chiapas, Sonora, Arizona o el Perú, pero no en Flandes ni en Barcelona. En ese sentido la discusión indigenista era y es ideológica, ya que se refiere a categorías sociales y a su posición relativa, no a grupos concretos.<sup>11</sup>

Para no hacer más relación de la historia, se destaca que la identidad, entendida como el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás, o como la conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás, deberían ser los únicos criterios para estimar a una persona como parte de los grupos ajenos al “eurocentrismo cultural”.

Sin embargo, en el momento actual la visión del “eurocentrismo cultural” se incorpora en la reforma del 14 de agosto de 2001 al artículo 2o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos y cultura indígena, donde se destaca:

Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible:

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.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Aunque el texto constitucional se refiere a la “identidad”, debería el criterio de distinción referirse a los grupos ajenos al eurocentrismo cultural,

<sup>11</sup> Warman, Arturo, “Indios y naciones del indigenismo”, *Revista Nexos*, 1 de febrero de 1978, Chile, Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, en: [www.educar.chile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf](http://www.educar.chile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf) y <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=265468>, consultado el 3 de febrero de 2012.

la acota al adjetivarla con el género “indígena”, como si todos los pueblos originarios compartieran esa “identidad”.

Como corolario de lo narrado líneas arriba, y afianzando la presencia del “eurocentrismo cultural” en nuestro país, el 5 de julio de 2003 se expidió la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y se abrogó la Ley de Creación del Instituto Nacional Indigenista. A la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, organismo descentralizado, se le encomendó coordinar, promover, y fomentar los programas y estrategias públicas para alcanzar el desarrollo integral de los pueblos indígenas.

Como se advierte la visión de quiénes elaboraron la reforma constitucional y legal relacionada con los grupos ajenos al eurocentrismo cultural, muestra en su título el desatino de considerar a la categoría “indígena” como “identidad”, por lo que no escapa de una percepción limitada de las diversas identidades que integran los pueblos originarios del país.

Uno de los rasgos básicos del indigenismo es la concepción de una raza india pura en el cual el mestizaje es biológicamente y socialmente un factor de inferioridad. En esta búsqueda de autenticidad, el indigenismo excluye tanto el blanco sinónimo del opresor como el mestizo envilecido por su mezcla de sangre, el indio inculto y el negro nocivo para la sociedad.<sup>12</sup> Como se advierte la categoría iguala de facto a las diversas identidades a las que califica de “indígenas”.

Lo anterior muestra la limitación de la categoría “indígena” y de su derivado “indigenismo”, para caracterizar a los pueblos originarios del país. Sin embargo, aquí no se agota la discusión, porque otra cuestión se relaciona con el papel que juegan los “indios” en las delimitaciones que los conceptualizan.

Otra dimensión del problema es que en el debate sobre el “indigenismo”, sus actores principales, los llamados “indios”, son y han sido objeto de la discusión pero no participantes de la misma. La discusión indigenista siempre ha tenido lugar en el grupo dominante.<sup>13</sup> Esto permite advertir que la delimitación conceptual es en sí misma excluyente: debaten sobre los “indígenas”, paradójicamente, los que no son “indígenas”.

En este sentido, la discusión indigenista actual no debe hacer del indio ni su sujeto ni su objeto, sino el hilo conductor para analizar al conjunto de la sociedad a partir de sus contradicciones más crudas y profundas. El

<sup>12</sup> Rossemmond, Firmin Alexis Justin, *El Indigenismo como reproducción del discurso colonial*, en: <http://www.cimarrones-peru.org/indigenismo.htm>, consultado el 3 de febrero de 2012.

<sup>13</sup> *Idem*.

intento, como tantas aventuras puramente intelectuales, puede frustrarse fácilmente si no se liga a procesos sociales concretos.<sup>14</sup>

Tema aparte es la otra forma de comprensión del “indigenismo”, como el estudio de los pueblos indios iberoamericanos que hoy forman parte de naciones en las que predomina la civilización europea. Así, Manuel Gamio destacaba que los países que gozan de personalidad definida e integrada (Alemania, Francia, Japón, etcétera), se encuentran en ellos las siguientes condiciones: 1o. Unidad étnica en la mayoría de la población, es decir, que sus individuos pertenecen a la misma raza o tipos étnicos muy cercanos entre sí. 2o. Esa mayoría posee y usa un lenguaje común, sin perjuicio de contar con otros idiomas o dialectos secundarios. 3o. Los diversos elementos, clases o grupos sociales ostentan manifestaciones culturales del mismo carácter esencial por más que difieran en aspecto e intensidad de acuerdo con las especiales condiciones económicas y de desarrollo físico e intelectual de dichos grupos.<sup>15</sup>

Por lo anterior, en las presentes reflexiones, se sustituye la palabra “indio” e “indígena” por grupos ajenos al eurocentrismo cultural, ahora corresponde atender el problema de acceso de esos grupos a la función pública y al empleo público, tarea a la que se dedica las líneas siguientes.

Una limitante inicial es la carencia de estudios y datos estadísticos relacionados con el tema, se trata de generar un análisis de los datos disponibles para abonar al debate.

## II. FUNCIÓN PÚBLICA Y GRUPOS AJENOS AL EUROCENTRISMO CULTURAL

El tema de las funciones públicas, según Gabino Fraga, está íntimamente relacionado con el concepto de atribuciones del Estado. Por lo cual, sostiene que el concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer. El concepto de función del Estado se refiere a la forma de actividad del Estado, constituye la forma de ejercicio de las atribuciones. Así, el autor habla de funciones legislativa, administrativa y judicial.<sup>16</sup>

Esta manera de abordar las “funciones públicas” tiene consecuencias políticas, porque se relaciona con la “división de poderes” de amplio uso

<sup>14</sup> *Idem.*

<sup>15</sup> Gamio, Manuel, *Forjando patria (pro-nacionalismo)*, México, Librería de Porrúa Hermanos, 1916, pp. 10 y 11.

<sup>16</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, rev. y act. Manuel Fraga, 39a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 26.

en el constitucionalismo antiguo y moderno. Jorge Fernández Ruiz, haciéndose eco en la doctrina de Carré de Malberg, destaca que siempre que se refiere a la actividad esencial y mínima del Estado contemporáneo, fundada en la idea de soberanía, que conlleva el ejercicio de potestad, de imperio, de autoridad —de donde su indelegabilidad—, cuya realización atiende al interés público, se habla de la función pública, entre cuyas modalidades destacan la legislativa, la jurisdiccional y la administrativa. En síntesis, para el autor, función estatal o pública es la atribuida al Estado —Federación, estados y municipios—, cuyo ejercicio requiere del desempeño de una actividad que conlleve su potestad, su imperio, su autoridad, de ahí que sea en última instancia una manifestación de su soberanía.<sup>17</sup>

Por su parte, Celso Antonio Bandeira de Mello destaca que la función pública, en el Estado democrático de derecho, es la actividad ejercida en el cumplimiento de un deber de alcanzar el interés público, mediante el uso de poderes instrumentalmente necesarios conferidos por el orden jurídico.<sup>18</sup> El propio Gabino Fraga destaca que la amplitud de la función administrativa impone por una parte la necesidad de crear múltiples órganos que se caracterizan por ser esferas especiales de competencia, y por otra parte, por requerir de personas físicas que ejerzan esa competencia.<sup>19</sup> Lo que permite entender a la “función pública” como el desempeño de una actividad pública o el ejercicio de un cargo o empleo público.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene un acceso amplio a los empleos y cargos públicos. Así, el artículo 35, fracción II, de esa norma fundamental destaca: “Artículo 35. Son prerrogativas del ciudadano: II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley”. Lo anterior se relaciona con el contenido del artículo 1o. de la propia Constitución federal que prescribe el derecho de todos los mexicanos de acceder a los derechos humanos consignados en la misma carta fundamental y en los tratados internacionales de los que México es parte.<sup>20</sup>

<sup>17</sup> Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo y administración Pública*, México, Porrúa, 2006, p. 51.

<sup>18</sup> Bandeira de Mello, Celso Antonio; *Curso de derecho administrativo*, trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 3.

<sup>19</sup> Fraga, Gabino, *Derecho administrativo...*, cit., p. 123.

<sup>20</sup> Para los efectos de este trabajo se destaca que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la parte que nos interesa prescribe: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Lo anterior se relaciona con el contenido del artículo 123 de la propia ley fundamental que establece el derecho que tiene toda persona al trabajo digno y socialmente útil. Refrenda lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,<sup>21</sup> que obliga a los Estados firmantes, entre ellos México, a adoptar medidas, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos, entre estos destaca el derecho al trabajo, contenido en su artículo 6o., que establece:

#### Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

Como se advierte, a nivel internacional existe un derecho amplio al trabajo. En este sentido, el artículo 1o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,<sup>22</sup> aunque es un instrumento que también se hace eco en el eurocentrismo cultural, destaca:

1. 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) a los pueblos en países independientes, considerados indígena 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 la colonización o del 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.

2. 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.

<sup>21</sup> Pacto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

<sup>22</sup> El Convenio fue firmado el 27 de junio de 1989, aprobado el 11 de julio de 1990, su aprobación se publicó el 3 de agosto de 1990, el convenio se ratificó el 13 de agosto de 1990, el 5 de septiembre de 1990 se depositó la ratificación, el 25 de septiembre de 1990 se promulgó el convenio y el 24 de enero de 1991 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*.

Lo anterior implica que los grupos ajenos al eurocentrismo cultural tienen una serie de derechos emanados de este instrumento internacional que se imponen al Estado Mexicano, en este contexto, como se desprende del artículo 2o. de ese Convenio 169, que prescribe:

#### Artículo 2

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;

c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

Ese Convenio 169, además, de que obliga a los Estados miembros, entre ellos México, a promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, también les impone el deber de otorgar el goce a los grupos ajenos al eurocentrismo cultural, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, incluido el consignado en el artículo 35, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de acceso a los empleos y cargos públicos.

Lo anterior parece replicarse de manera adecuada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en el artículo 2o., apartados A, fracciones I, II y VII, y B, establece una serie de derechos aplicables a grupos ajenos al eurocentrismo cultural, que podrán considerarse realizaciones, en la legislación nacional de los derechos emanados de instrumentos internacionales.

#### Artículo 2o. La Nación Mexicana es única e indivisible:

...

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.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las Constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

...

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

...

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Lo anterior implica que los integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural, en lo individual, tienen derecho a ser votados para todos los cargos de elección popular, lo anterior es consecuencia del derecho a decidir en el nivel comunitario sus formas de organización política; por otra parte, como parte de su derecho al trabajo y a su condición de ciudadanos, también pueden ser nombrados para cualquier otro empleo o comisión, con la única limitante de contar con las calidades que establece la ley. Esto es consecuencia de la obligación general y particular de respetar los derechos humanos en el país.

En este contexto, cabe cuestionarse ¿hasta dónde el régimen jurídico mexicano aplica el contenido de los artículos 135, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el 2o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes? ¿Cuáles son los grupos ajenos al eurocentrismo cultural que efectivamente ejercen representación política en el



país? ¿Cuál es la representación efectiva de estos grupos ajenos al eurocentrismo cultural en el nivel nacional?

Para orientar este debate no se debe olvidar que tanto las normas jurídicas nacionales como internacionales garantizan el acceso de los integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural a la función pública, entendida como se decantó líneas arriba.

### III. EL ACCESO DE INTEGRANTES DE GRUPOS AJENOS AL EUROCENTRISMO CULTURAL A LAS FUNCIONES PÚBLICAS

Para destacar el problema de la débil participación y representación política de los indígenas, Arturo Warman destaca que este problema de fondo es mucho más amplio y complejo que el reparto de los cargos públicos ya establecidos. Requiere de la revisión y multiplicación de las demarcaciones municipales para dotarlas de coherencia interna y viabilidad. Necesita de municipios más fuertes y eficaces, con recursos crecientes para cumplir sus funciones con la participación de la población. Hace falta que los partidos políticos nacionales se comprometan para adquirir la representación de los indígenas, no sólo su voto. Es necesario que a los indígenas se les otorgue verdadero respeto en lugar de simpatía superficial y pasajera. Es indispensable que los indígenas participen como ciudadanos plenos.<sup>23</sup>

También se debe mencionar que cuando se hace referencia a la necesidad de que los integrantes de grupos culturales ajenos al eurocentrismo accedan a la función pública, no se alude a que se genere “burocracia”, porque en lo personal, la burocracia, que aparece en alguna forma en todos los Estados autocráticos, aunque sólo alcanza su pleno desarrollo en los últimos reinos “patrimoniales” y en las democracias modernas, produce un tipo de vida social propio y peculiar. La paga por sueldo, esferas definidas de competencia, jerarquía oficial, preparación técnica y cuidadosa organización de archivos son algunas de sus características. Es una vocación profesional que exige devoción a la “tarea” o a la “oficina” y no a una persona, lo cual cristaliza en una norma de conducta impersonal.<sup>24</sup>

Hechas las aclaraciones de rigor, en el censo de 2000 se había detectado un total de 11,897,010 de población indígena. Además, según la Consejo

<sup>23</sup> Warman, Arturo, “Los derechos indígenas”, *Revista Nexos*, 01 de febrero de 2001, en: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2099950>, consultado el 6 de febrero de 2012.

<sup>24</sup> Spott, W. J. H., *Introducción a la sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 88 y 89.

Nacional de Población (CONAPO) la población indígena total se acrecentaría de 12.5 millones en 2000 a 14.3 millones en 2010.<sup>25</sup>

En 2010 el CONAPO definió a la población indígena como: “las personas por edad, sexo y condición de indigenismo”, también se dan tres criterios cuantitativos, al sostener que:

...la población indígena considerada aquí comprende a: 1. Todos los integrantes de un hogar donde alguno de sus miembros habla alguna lengua indígena o se adscribe como perteneciente a algún grupo étnico. 2. Si todos los hablantes o adscritos en el hogar pertenecen al servicio doméstico, sólo se clasifica a ellos como población indígena y al resto de los miembros del hogar se les considera como población no indígena. 3. Se incluyen dentro de la población indígena a los residentes en viviendas colectivas que hablan alguna lengua aborígen.<sup>26</sup>

Como se advierte la visión indigenista es pobre conceptualmente hablando, porque además, de que se apoya en el “eurocentrismo cultural”, se acude a criterios cuantitativos en lugar de generar visiones cualitativas. En 2010 se habla de los siguientes “pueblos indígenas”:

#### Pueblos indígenas por entidad federativa<sup>27</sup>

| <i>Estado</i>     | <i>Pueblo indígena</i>                                                                                                 |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Baja California   | Cochimí, cucapá, kiliwa, kumiai y paipái                                                                               |
| Campeche          | Maya                                                                                                                   |
| Coahuila          | Kikapú                                                                                                                 |
| Chiapas           | Cakchiquel, chol, jacalteco, kanjobal, lacandón, mame, mochó, tojolabal, tzeltal (tseltal) , tzotzil (tsotsil) y zoque |
| Chihuahua         | Guarijío, pima, tarahumara y tepehuán                                                                                  |
| Distrito Federal* | Maya, mazahua, mazateco, mixe, mixteco, náhuatl, otomí, purépecha, tlapaneco, totonaco y zapoteco                      |
| Durango           | Tepehuán                                                                                                               |
| Guanajuato        | Chichimeca jonaz                                                                                                       |
| Guerrero          | Amuzgo, mixteco, náhuatl y tlapaneco                                                                                   |

<sup>25</sup> Partida Bush, Virgilio, *Proyecciones de indígenas de México y de las entidades federativas 2000-2010*, 1a. ed., CONAPO, diciembre de 2005, p. 17.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>27</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Nombres de lenguas, pueblos y distribución. Pueblos indígenas por entidad federativa*, en: [http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=758&Itemid=68](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=758&Itemid=68), consultada el 1o. de febrero de 2012.

| <i>Estado</i>   | <i>Pueblo indígena</i>                                                                                               |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Hidalgo         | Náhuatl y otomí                                                                                                      |
| Jalisco         | Huichol                                                                                                              |
| México          | Mazahua, náhuatl y otomí                                                                                             |
| Michoacán       | Mazahua, otomí y purépecha                                                                                           |
| Morelos         | Náhuatl                                                                                                              |
| Nayarit         | Cora y huichol                                                                                                       |
| Oaxaca          | Amuzgo, chatino, chinanteco, chocho, chontal, cuicateco, huave, ixcatéco, mazateco, mixe, mixteco, triqui y zapoteco |
| Puebla          | Chocho, mixteco, náhuatl y totonaca                                                                                  |
| Querétaro       | Otomí y pame                                                                                                         |
| Quintana Roo    | Maya                                                                                                                 |
| San Luis Potosí | Huasteco, náhuatl y pame                                                                                             |
| Sinaloa         | Mayo                                                                                                                 |
| Sonora          | Mayo, pápago, pima, seri y yaqui                                                                                     |
| Tabasco         | Chontal y chol                                                                                                       |
| Veracruz        | Náhuatl, tepchua, popoluca y totonaca                                                                                |
| Yucatán         | Maya                                                                                                                 |

\* Se trata de los principales grupos indígenas migrantes establecidos en esa entidad.

Nota: Aguascalientes, Baja California Sur, Colima, Nuevo León, Tamaulipas, Tlaxcala y Zacatecas no tienen población indígena significativa. Asimismo hay que apuntar que en los distintos estados hay indígenas migrantes.

Para delimitar la situación de esos grupos ajenos al eurocentrismo cultural, se apoya en un artículo de 2001, donde Arturo Warman, para referirse a las condiciones de los pueblos indígenas, destacaba:

La mayoría de los indígenas resiente la pobreza extrema. Recibe menos educación y servicios públicos que el resto de los mexicanos. Accede con dificultad a la jurisdicción del estado y la falta de respeto a sus derechos humanos no es excepcional. Ocupa la posición social más baja y es víctima de discriminación, injusticia y maltrato. Resienten prejuicios que lastiman su dignidad. En las regiones en que vive la mayoría sufre de opresión. Su representación política es casi inexistente, inferior a su número y presencia y, sobre todo, a la justicia de muchas de sus demandas. Los indígenas están lejos de alcanzar la efectiva igualdad frente a la ley que la Constitución ordena y más aún de la igualdad de oportunidades a la que como sociedad aspiramos. La desigualdad y discriminación que afectan a los indígenas no tienen su origen en las leyes vigentes, mucho menos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Muchos de los hechos que los afrentan son ilegales o

simplemente suceden al margen de la ley, con la omisión de las autoridades encargadas de aplicarla.<sup>28</sup>

Sin temor a la corrección, se puede sostener línea tras línea las palabras de Arturo Warman, las condiciones de los integrantes de grupos sociales originarios en México son en 2012 de exclusión, pobreza, marginación, injusticia y maltrato. Un ejemplo, en el que se desea detener, es el acceso de esos grupos a la función pública.

Se cita al Plan Nacional 2007-2012, donde se reconoce: “En materia de derechos destaca también la poca participación en los procesos electorales, y la escasa representación política que alcanza este sector de la población en los órganos legislativos y la conflictividad electoral”.

En ese mismo Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, Eje 3 “Igualdad de oportunidades”, 3.4 “Pueblos y comunidades indígenas”, se afirma:

Los pueblos y comunidades indígenas de México están conformados por más de 10 millones de personas, hombres y mujeres de todas las edades, que tienen sus propias culturas y sus lenguas, y que viven marginados en muchas localidades urbanas y rurales de nuestro país. Es necesario reconocer que en muchas de las regiones indígenas prevalece la escasez de empleos, los bajos salarios y las relaciones asimétricas entre población indígena y no indígena que afectan tanto a los procesos productivos como a los de comercialización y, sobre todo, al desarrollo. Junto con ello, la población indígena todavía enfrenta graves rezagos, entre los cuales destacan: desnutrición y deficiencias nutricionales; mortalidad y morbilidad materna e infantil; rezago educativo; inequidad de género y migración.

Como se advierte en ese escenario, difícilmente se puede hablar de un acceso equitativo de estos grupos a la función y cargos públicos.

#### IV. ACCIONES COLECTIVAS COMO GARANTÍA PARA EL ACCESO DE LOS GRUPOS AJENOS AL EUROCENTRISMO CULTURAL A LA FUNCIÓN PÚBLICA

En la década de los cuarenta, cuando se emitió la ley que crea el Instituto Nacional Indigenista,<sup>29</sup> con personalidad jurídica propia, como filial del Instituto Indigenista Interamericano y con sede en la capital de la Repúbli-

<sup>28</sup> Warman, Arturo, “Los indios de México”, *Revista Nexos*, 01 de abril de 2001, en: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2100006>, consultado el 6 de febrero de 2012.

<sup>29</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de diciembre de 1948.

ca, en términos de su artículo primero, en lo que se refiere a sus funciones el artículo segundo de esa ley establecía:

ARTÍCULO SEGUNDO.- El Instituto Nacional Indigenista desempeñará las siguientes funciones:

- I.- Investigará los problemas relativos a los núcleos indígenas del país;
- II.- Estudiara las medidas de mejoramiento que requieran esos núcleos indígenas;
- III.- Promoverá ante el Ejecutivo Federal, la aprobación y la aplicación de estas medidas;
- IV.- Intervendrá en la realización de las medidas aprobadas, coordinando y dirigiendo, en su caso, la acción de los órganos gubernamentales competentes;
- V.- Fungirá como cuerpo consultivo de las instituciones oficiales y privadas, de las materias que conforme a la presente Ley, son de su competencia;
- VI.- Difundirá, cuando lo estime conveniente y por los medios adecuados, los resultados de sus investigaciones, estudios y promociones, y
- VII.- Empezará aquellas obras de mejoramiento de las comunidades indígenas, que le encomiende el Ejecutivo, en coordinación con la Dirección General de Asuntos Indígenas.

Como se advierte ese Instituto Nacional Indigenista tenía competencia para estudiar las medidas para mejorar a los núcleos “indígenas” y estaba obligado legalmente a promover la aprobación y la aplicación de estas medidas ante el Ejecutivo Federal, dentro de este rubro se comprende con facilidad las medidas vinculas con el acceso a las funciones y empleo públicos.

Con datos del XII Censo de Población del 2000, de un total de 11,097, 516 de hablantes de una lengua indígena mayores de 5 años, se aludía a una población ocupada hablante de una lengua indígena de 2,467,640 en los sectores primario, secundario y terciario. La ocupación principal que realizan las personas ocupadas: casi la mitad de los hablantes son trabajadores agropecuarios, de la mitad restante, 20 trabaja en la industria, nueve en el comercio, seis en diversos servicios, seis en el trabajo doméstico, cinco trabajan como profesionistas, técnicos o en la educación; y sólo dos son trabajadores administrativos.<sup>30</sup>

El Censo de Población y Vivienda no permite la comparación, porque sólo proporciona el total de la población mayo de 5 años hablante de una

<sup>30</sup> INEGI, *La población indígena en México*, en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/poblacion\\_indigena/Pob\\_ind\\_Mex.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/poblacion_indigena/Pob_ind_Mex.pdf), pp. 110 y 104, consultado el 8 de febrero de 2012.

lengua indígena, que es de 13,562,702 personas, pero no genera indicadores de empleo en la población indígena para contrastarlos con los del 2000.<sup>31</sup>

En este contexto, en el Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 se destaca en la “Estrategia 15.2”, el gobierno federal se obliga a:

Consolidar los mecanismos de coordinación entre el gobierno federal, los gobiernos estatales y municipales, las autoridades y las organizaciones indígenas en el diseño y operación de los programas dirigidos al desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas. Son cada vez más los gobiernos estatales y municipales con población indígena los que toman parte activa en las acciones en beneficio de la misma. Con respeto a los ámbitos de competencia de cada orden de gobierno, se seguirá trabajando en la búsqueda de mecanismos que mejoran la concurrencia de propósitos, recursos y acciones. La participación de la población indígena en la acción del sector público permitirá aplicar los programas con acciones diferenciadas de conformidad con las particularidades demográficas, geográficas, ambientales, culturales y económicas de los pueblos y comunidades indígenas.

Así la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, en su artículo 2o. destaca que:

La Comisión tiene como objeto orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lo que tendrá las siguientes funciones: IV. Proponer y promover las medidas que se requieran para el cumplimiento de lo dispuesto en el apartado B del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Lo anterior implica que a esa comisión le corresponde iniciar las acciones que correspondan para hacer efectivo el acceso de los integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural a la función pública y cargos o empleos públicos.

Antonio Gidi propone conceptualizar a la acción colectiva como la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada). El autor destaca la distinción entre “acciones de clase” (*class actions*), “acciones

<sup>31</sup> INEGI, *Principales resultados del Censo de Población y Vivienda 2010*, México, “III. Características culturales III.1 Lengua indígena. “Población de 5 años y más y población hablante de lengua indígena, 1990, 2000 y 2010”, pp. 45-55.

civiles públicas” (*parens patriae civil actions*) y acciones de organizaciones y asociaciones (organizacional *actions o associotional actions*). Señala que las acciones de clase son promovidas por los miembros del grupo, las acciones civiles públicas son promovidas por agentes del gobierno y las acciones de organizaciones son promovidas por las asociaciones.<sup>32</sup>

Recientemente, el 29 de julio de 2010 el marco constitucional se reformó para incorporar en el artículo 17 las acciones colectivas, en los términos siguientes: “El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”.

La reforma constitucional abre una ventana de oportunidad para hacer justicia a los pueblos ajenos al eurocentrismo cultural, en materia de diversos derechos, entre ellos los relacionados con el uso y destino de sus recursos ambientales, y por qué no, los vinculados con otros derechos humanos, como el acceso a la función pública y a los cargos públicos.

Sin embargo, en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de agosto de 2011 se publicó el

Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros.

En lo que se refiere a la reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles, se estableció: “Artículo 578.- La defensa y protección de los derechos e intereses colectivos será ejercida ante los Tribunales de la Federación con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente”.

Como se advierte en esta reforma se acota de manera indebida el acceso a las acciones colectivas sólo a los casos de consumo y medio ambiente. Sin embargo, en términos del andamiaje legal ya consignado nada se opone a que los grupos ajenos al eurocentrismo cultural acudan a los tribunales federales mexicanos para hacer efectivos sus derechos colectivos. Lo que

<sup>32</sup> Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, 2004, p. 31.

también es consecuencia de una interpretación *pro homine* de los derechos humanos consignados en la constitución en términos de su artículo 1o.

Pensar lo contrario llevaría a una interpretación aislada y restrictiva del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que implicaría un caso *sui generis* de limitación de un derecho humano, paradójicamente, consignado en la misma constitución, a través de una norma secundaria de corte restrictivo.

Desde este punto de vista sería prudente que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas inicie un diagnóstico serio del número de integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural en ejercen competencias en la función pública y, en el caso de que se advierta una subrepresentación que impacte en los intereses de esos grupos, que estudie la posibilidad de acudir a las acciones colectivas para hacer realidad el acceso de integrantes de grupos ajenos al eurocentrismo cultural a la función y cargos o empleos públicos.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *Curso de derecho administrativo*, trad. de Valeria Estefanía Labraña Parra, México, Porrúa-UNAM, 2006.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa, 2006.
- FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, revisada y actualizada por Manuel FRAGA, 39a. ed., México, Porrúa, 1999.
- GAMIO, Manuel, *Forjando patria (pro-nacionalismo)*, México, Librería de Porrúa Hermanos, 1916.
- GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil*, trad. de Lucio Cabrera Acevedo, México, UNAM, 2004.
- GINÉS de SEPÚLVEDA, Juan, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, advertencia de Marcelino Menéndez y Pelayo, estudios por Manuel García-Pelayo, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- INSTITUTO Nacional de Estadística Geografía e Informática, *Principales resultados del Censo de Población y Vivienda*, México, INEGI, 2010.
- Mapa: *México indígena*, elaborado por el Instituto Nacional Indigenista, con texto de Alfonso Villa Rojas, diseño y realización de Luis Beltrán G., en GOMEZJARA, Francisco A, *Sociología*, 24a. ed., México, Porrúa, 1993.
- MÉNDEZ PLANCARTE, Gabriel, *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, en *Humanismo Mexicano del siglo XVI*, México, UNAM, 1946.



PARTIDA BUSH, Virgilio, *Proyecciones de indígenas de México y de las entidades federativas 2000-2010*, México, Consejo Nacional de Población, 2005.

SPROTT, W. J. H., *Introducción a la sociología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1973.

### *Fuentes Electrónicas*

Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, *Nombres de lenguas, pueblos y distribución. Pueblos indígenas por entidad federativa*, en: [http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=758&Itemid=68](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=758&Itemid=68), consultado el 10. de febrero de 2012.

DUSSEL, Enrique, *Europa, modernidad y eurocentrismo*, en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/dussel/artics/europa.pdf>, y <http://www.enriquedussel.com/txt/1993-236a.pdf>, consultado el 10. de febrero de 2012.

Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, *La población indígena en México*, visible en: [http://www.inegi.org.mx/prod\\_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/poblacion\\_indigena/Pob\\_ind\\_Mex.pdf](http://www.inegi.org.mx/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/censos/poblacion/poblacion_indigena/Pob_ind_Mex.pdf), consultado el 8 de febrero de 2012.

ROSSEMOND, Firmin Alexis Justin, *El Indigenismo como reproducción del discurso colonial*, en: <http://www.cimarrones-peru.org/indigenismo.htm>, consultado el 3 de febrero de 2012.

WARMAN, Arturo, “Indios y Naciones del Indigenismo”, *Revista Nexos*, Chile, Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, en: [www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf](http://www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf) y <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=265468>, consultado el 3 de febrero de 2012.

———, “Los indios de México”, *Revista Nexos*, 1 de abril de 2001, en: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2100006>, consultado el 6 de febrero de 2012.

———, “Los derechos indígenas”, *Revista Nexos*, 01 de febrero de 2001, en: <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2099950>, consultado el 6 de febrero de 2012.

———, “Indios y naciones del indigenismo”, *Revista Nexos*, 01 de febrero de 1978, Chile, Centro de Estudios Miguel Enríquez, Archivo Chile, en: [www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf](http://www.educarchile.cl/Userfiles/P0001%5CFile%5Cindigenismo.pdf) y <http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=265468>, consultado el 3 de febrero de 2012.

VI. OBRAS PUBLICADAS POR EL DOCTOR JOSÉ EMILIO  
ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES<sup>33</sup>

*Jornadas Lascasianas*

- I Jornadas Lascasianas. Derechos humanos de los pueblos indígenas, Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, año VI, núm. 17, mayo-agosto de 1991.
- II Jornadas Lascasianas. Derechos contemporáneos de los pueblos indios. Justicia y derechos étnicos en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992.
- III Jornadas Lascasianas. Derecho indígena y derechos de los pueblos indios, Crítica Jurídica, Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, núm. 14, 1994.
- IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.
- V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.
- VI Jornadas Lascasianas. La problemática del racismo en los umbrales del Siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- VII Jornadas Lascasianas. Pueblos indígenas y derechos étnicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- VIII Jornadas Lascasianas. Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- IX Jornadas Lascasianas. Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- X Jornadas Lascasianas. Análisis Interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- XI Jornadas Lascasianas. El derecho a la lengua de los pueblos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- XII Jornadas Lascasianas. La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- XIII Jornadas Lascasianas. Pluralismo jurídico y pueblos indígenas, Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

<sup>33</sup> Biblioteca "Jorge Carpizo" del instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Nacional Autónoma de México

- XIV Jornadas Lascasianas Internacionales. Aplicación del Convenio 169 de la OIT. Análisis interdisciplinario.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- XV Jornadas Lascasianas. Migración: pueblos indígenas y afroamericanos, internacionales.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- XVI Jornadas Lascasianas Internacionales. La defensa de los derechos de los pueblos originarios, afroamericanos y migrantes,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- XVII Jornadas Lascasianas Internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras Convenio 169 de la OIT, pueblos originarios y afroamericanos,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- XVIII Jornadas Lascasianas Internacionales; padre/madre: nuestro maíz.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- XIX Jornadas Lascasianas Internacionales, La enseñanza de los contextos étnico-nacionales,* en ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando y BAUTISTA CRUZ, Susana (coords.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

*Libros y participaciones de José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*

- y LÓPEZ ROSADO, Manuel (coords.), *Manual para la tramitación de juicios penales*, San Marcos, Guatemala, Cultura Jurídica Popular, 1975.
- La cuestión del etnocidio*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, Departamento de Investigaciones Socio-Jurídicas, 1985.
- Formación económico social guatemalteca. Bibliografía básica 1900-1984*, Sinaloa, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1985.
- Guatemala. Reseña bibliográfica*, México, Centro de Estudios Integrados de Desarrollo Comunal, 1992.
- Reclamos jurídicos de los pueblos indios.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- La cuestión étnico nacional y derechos humanos: El etnocidio. Los problemas de la definición conceptual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 23, 1996,.
- Rostros de las prácticas etnocidas en Guatemala*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 24, 1996.
- Justicia y pueblos indígenas; crítica desde la antropología jurídica*, Guatemala, Consejo de Investigaciones para el Desarrollo de Centroamérica, 2, 1997.

- La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT; Una experiencia constructiva en favor de la paz.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, 30, 1998.
- Dos ensayos en torno al derecho social en Mesoamérica México/Guatemala,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, VI, 2000.
- Justicia y pueblos indígenas; crítica desde la antropología jurídica,* 2a. ed., Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 2000.
- Plan maestro programático,* Guatemala, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Constitucionalidad de los derechos de los pueblos indígenas; análisis interdisciplinario, México/Guatemala,* Guatemala, Programa de Justicia AID/Guatemala, 2001.
- La construcción del Estado nacional: democracia, justicia, paz y Estado de derecho,* Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, X, Cuaderno de Estudio, 63, 2005.
- Economía, sociedad y derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada y dependiente,* Guatemala, Universidad Rafael Landívar, X, Cuadernos de Estudio, 67, 2005.
- Migración y derechos humanos: La ley del odio,* Chiapas, México, Universidad Autónoma de Chiapas, Cuadernos del Seminario, 1, 2006.
- Derecho indígena en Mesoamérica; caracterización epistemológica y axiológica,* México, Tinta Negra Editores, IX, 2007.
- Reflexiones lascasianas; antecedentes doctrinarios en materia de derechos de los pueblos originarios,* México, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, XV, 2007.
- Restitución de la armonía cósmica. Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abye Yala,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo, 97, 2007.
- Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Originarios; Convenio 169 de OIT Administración de justicia indígena. Perduración de la herencia colonial,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo, 116, 2008.
- Migración y derechos humanos (versión en español e inglés),* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documentos de Trabajo, 131, 2009.
- Reflexiones en torno a la esperanza de armonía, equilibrio y paz duradera en Guatemala,* Guatemala, Editorial Óscar de León Palacios, 2009.

*En coordinación o coautoría*

*Derecho y poder la cuestión de la tierra y los pueblos indios*, GÓMEZ GONZÁLEZ, Gerardo y ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio R. (coords.), México, Universidad Autónoma de Chapingo, Departamento de Sociología Rural, 1995.

*Guatemala 2000; Biblio-hemerografías, recopilaciones documentales y legales e informes sobre derechos humanos*, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando y ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, Egil Mijaíl (coords.), Guatemala, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, Cuaderno Universitario Post-Grado, 1, 2000.

*Bibliohemerografía sociología y antropología jurídica*, en MACÍAS VÁZQUEZ, María Carmen y ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando, Guatemala, Universidad de San Carlos de Guatemala, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2001.

*Los centros de administración de justicia (CAJ); Funcionamiento e incidencia. Análisis de coyuntura*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo, 58, 2004.

*Maestría de posgrado en derecho. Etnicidad, etnodesarrollo y derecho indígena; Programa de estudios*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo, 106, 2008.

*Pueblos indígenas y tribales. Respeto, participación y consulta*, en ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando y ZARAGOZA ÁNGELES, Ignacio (coords.), México, Plaza y Valdés Editores, XIII, 2008.

*Artículos en obras colectivas*

“¿Valores mayistas como ideales civilizatorios?”, *IX Jornadas Lascasianas. Análisis interdisciplinario del convenio 169 de la OIT*, México, UNAM, 2000.

“Normación Internacional. El Convenio 169 de la OIT en México y Guatemala. Interpretación constitucional comparada”, *X Jornadas Lascasianas. Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, 2001.

“Análisis Interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT”, *IX Jornadas Lascasianas. Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT*, México, UNAM, 2000.

“Conceptualizaciones jurídicas en el derecho internacional público moderno y la sociología del derecho: “indio”, “pueblo” y “minorías”, *Antropología jurídica*, México, UNAM, 1995.

- “Constitución y derechos étnicos. México/Centroamérica”, *Aspectos nacionales e internacionales sobre derecho indígena*, México, UNAM, 1991.
- “Breve síntesis del quehacer de las Jornadas Lascasianas”, *VIII Jornadas Lascasianas. Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios de Mesoamérica*, México, UNAM, 1999.
- “Del integracionismo indigenista a la declaración de naciones unidas”, *Comentarios en torno a la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- “Las demandas constitucionales en Guatemala y México”, *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, 2002.
- “El aporte doctrinario de la antropología crítica latinoamericana y sus premisas socio-jurídicas”, *Derecho internacional de los derechos humanos; culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2008, t. II.
- “Derechos colectivos de los pueblos. “Ojos olvidados por dioses extravagantes”, *Derecho Social; Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005.
- “El idioma, un derecho étnico específico”, *II Jornadas Lascasianas. Derechos contemporáneos de los pueblos indios; justicia y derechos étnicos en México*, México, UNAM, 1992.
- “Constitución y derechos étnicos en México”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, 1994.
- “A propósito del debate sobre el convenio número 169 de OIT en Guatemala”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, 1994.
- “El debate sobre el Convenio 169 de la OIT en Guatemala”, *Estudios Jurídicos en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995.
- “La antropología crítica latinoamericana y las propuestas del movimiento indio en torno a la cuestión étnica nacional”, *V Jornadas Lascasianas. Etnicidad y derecho; un diálogo postergado entre los científicos sociales*, México, UNAM, 1996.
- “Legalidad y legitimidad del sistema jurídico indígena en el marco del pluralismo jurídico”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional; Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus 50 años como investigador del derecho. Homenaje de Bolivia*, Cochabamba, Bolivia, Grupo Editorial Kipus, 2010.
- “Legalidad y legitimidad del sistema jurídico indígena en el marco del pluralismo jurídico”, *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional; Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XII, México, UNAM, 2008.

- “Legalidad y legitimidad del sistema jurídico indígena en el marco del pluralismo jurídico”, *La ciencia del derecho procesal constitucional; homenaje mexicano a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. V, México, Porrúa, 2009.
- “Segunda conferencia del sol de medianoche. El derecho de los pueblos indígenas a su participación efectiva, Utsjoki, Finlandia, verano de 2002”, *XII Jornadas Lascasianas. La construcción del estado nacional: democracia, justicia, paz y estado de derecho*, México, UNAM, 2004.
- “Economía, sociedad y derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada”, *La participación en las administraciones públicas; ¿cooperación o enfrentamiento?*, España, Universidad Politécnica de Valencia, 2006.
- “Etnocidio antropológico: La versión de la antropología cultural norteamericana sobre los indios en Guatemala”, *La problemática de racismo en los umbrales del siglo XXI*, México, UNAM, 1997.
- “Declaración de Totonicapán “Adrián Inés Chávez” sobre el derecho de los pueblos indígenas a la lengua. Consideraciones sociojurídicas”, *Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 2002.
- “Estado actual del derecho social y colectivo de los pueblos originarios y garífuna de Guatemala”, *XV Jornadas Lascasianas. Internacionales, migración: pueblos indígenas y afroamericanos*, México, UNAM, 2007.
- “Economía, sociedad y derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada y dependiente”, *XIII Jornadas Lascasianas Internacionales. Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, México, UNAM, 2005.
- “La constitución del Estado-nación guatemalteco: el ascenso etnocrático ladino y la configuración del colonialismo interno”, *VII Jornadas Lascasianas. Pueblos indígenas y derechos étnicos*, México, UNAM, 1999.
- “Antecedentes doctrinarios del derecho internacional público moderno: integracionismo e indigenismo de participación”, *XVII Jornadas Lascasianas internacionales. Contacto y cooperación a través de las fronteras convenio 169 de la OIT, pueblos originarios y afroamericanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- “Normación internacional: el derecho a la lengua y los pueblos indígenas”, *XI Jornadas Lascasianas. El derecho a la lengua de los pueblos indígenas*, México, UNAM, 2003.

- “Antecedentes doctrinarios del derecho internacional público moderno: Integracionismo e indigenismo de participación”, *Los derechos de los pueblos indígenas en México. Un panorama*, México, UMSNH, División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 2008.
- “Minorías étnicas y desarrollo económico-social. El derecho al idioma”, *A cien años de la muerte de Vallarta*, México, UNAM, 1994.
- “Economía, sociedad y derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada y dependiente”, *Antología sobre derechos indígenas en la procuración de justicia: retos y realidades*, México, Procuraduría General de la República, 2006.

*En coautoría con Lindner López, Hedwing A., coaut.*

- “La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México”, *Derechos indígenas en la actualidad*, México, UNAM, 1994.

#### *Artículos*

- “La cuestión étnica en Mesoamérica y los derechos humanos”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, vol. V, núm. 4, octubre-diciembre de 1987.
- “La cuestión agraria y los derechos humanos. Aproximación”, *Anuario Universidades*, México, enero de 1989.
- “El procedimiento penal y los derechos humanos de los pueblos indios en los umbrales del siglo XXI”, *Cuadernos de Posgrado*, México, Serie A, núm. 4, julio-diciembre de 1990.
- “El procedimiento penal y los derechos humanos de los pueblos indios en los umbrales del siglo XXI”, *Criminalia*, México, año LVII, núms. 1-12, enero-diciembre de 1991.
- “La cuestión agraria: enseñanza e investigación en materia de derechos humanos”, *Derecho y Reforma Agraria*, Venezuela, núm. 22, 1991.
- “Lo social jurídico: enseñanza e investigación”, *Testimonios*, México, año 1, núm. 4, octubre de 1992.
- “En torno al derecho de los indígenas: II. Derechos humanos de los pueblos indios”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 185-186, septiembre-diciembre de 1992, t. XLII.
- “Un rito maya-mam escondido tras las bambalinas de una fiesta franciscana”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 11, 1992.



- “Conflicto, etnicidad y derechos humanos de los pueblos indios”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 14, 1994.
- “La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México”, *Revista Mexicana de Justicia*, México, Nueva Época, núm. 1, enero-marzo de 1994.
- “El idioma un derecho étnico específico”, *Revista de la Facultad de Derecho México*, México, núms. 197-198, septiembre-diciembre de 1994, t. XLIV.
- “Justicia penal y democracia para los pueblos indios”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, T. XLVI, núms. 209-210, septiembre-diciembre de 1996.
- “Vía crucis del Derecho social en Guatemala”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núms. 215-216, septiembre-diciembre de 1997, t. XLVII.
- “Vía crucis del derecho social en Guatemala”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vol. X, 1998.
- “Constitución y derechos indígenas”, *Ius. Revista del Centro de Investigación y Documentación Jurídicas del ICJP*, México, año V, núm. 9, abril-noviembre de 2001.
- “Constitución y derechos indígenas”, *Jus. Revista del Centro de Investigación y Documentación Jurídica del ICJP*, México, año VI, núm. 10, diciembre-marzo de 2001-2002.
- “Constitucionalidad de los derechos de los pueblos indígenas: Análisis interdisciplinario”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos*, Guatemala, Época XIII, núm. 13, julio-diciembre de 2004.
- “Economía, sociedad y derecho indígena en el marco de una formación social pluriétnica y pluricultural de economía abigarrada y dependiente”, *Ius. Revista del Centro de Investigaciones*, México, año IX, núm. 17, diciembre de 2005.
- “El muro de la vergüenza y las marchas por la dignidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. II, núm. 248, julio-diciembre de 2007, t. LVII.
- “Restitución de la armonía cósmica. Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, núm. 250, julio-diciembre de 2008, t. LVIII.
- “Restitución de la armonía cósmica: Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala”, *Quid Iuris*, México, año 4, vol. 8, marzo de 2009.
- “Sistema(s) jurídico(s) indígena(s)”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 27, Derechos colectivos de los pueblos, 2009.
- “Ojos olvidados por dioses extravagantes”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, núm. 13, julio-diciembre, 2011, México.

*En coautoría*

- ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, Carlos Salvador, “Etnicidad y derechos humanos. Mesoamérica”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 12, 1993.
- LIDNER LÓPEZ, Hedwig A., “La propiedad inmaterial de los grupos indígenas en México”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 15, 1994.



# UNA CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA JUSTICIA SOCIAL

Jorge CARPIZO\*

SUMARIO:\*\* I. *Una propuesta de clasificación de los derechos de la justicia social.* II. *Protecciones y prestaciones para la población en general: los derechos patrimoniales.* III. *Protecciones y prestaciones para la población en general: diversos derechos.* IV. *Derechos por pertenecer a un grupo vulnerable: los derechos de los indígenas.* V. *Derechos por pertenecer a un grupo vulnerable: derechos de la familia y el menor.* VI. *Derechos por pertenecer a un grupo vulnerable: los derechos de los trabajadores del campo, los de los trabajadores en general y los de la seguridad social.* VII. *Instrumentos del Estado para hacer efectivos los derechos sociales: la rectoría del desarrollo nacional.* VIII. *Instrumentos del Estado para hacer efectivos los derechos sociales: las labores de planeación y los apoyos a los actores económicos.* IX. *Bibliografía.*

## I. UNA PROPUESTA DE CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA JUSTICIA SOCIAL

1. La declaración de los derechos de la justicia social en la Constitución mexicana de 1917 es, como la de los derechos civiles y políticos, amplia y, con frecuencia, precisa.

Expreso una vez más que todos los derechos humanos forman una unidad y se imbrican entre sí. Clasificarlos es difícil y podría parecer que hasta

\* Investigador emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, de la cual fue Rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde se desempeñó como director; investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores; presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

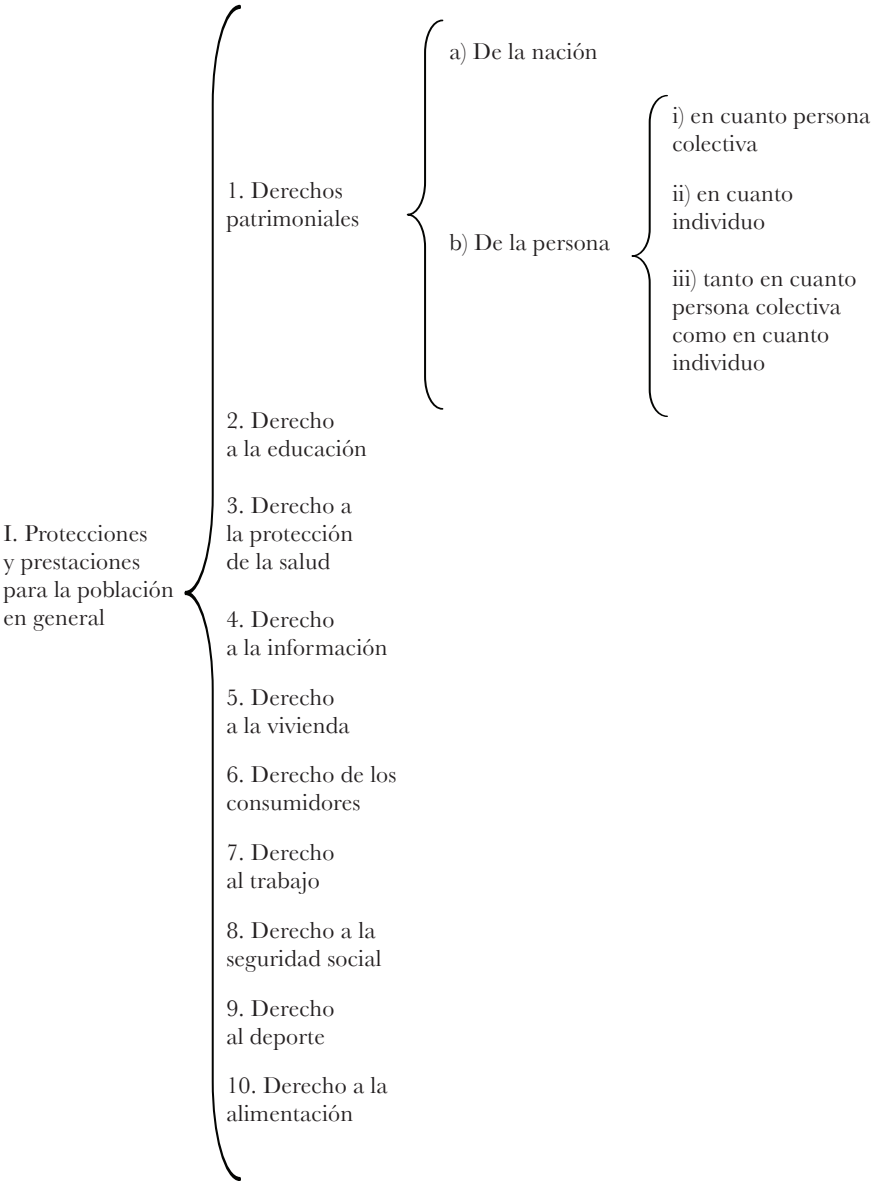
\*\* Agradezco a mis colegas investigadores los doctores Patricia Kurczyn Villalobos y Juan Vega Gómez sus atinadas observaciones y el tiempo que le dedicaron a leer el manuscrito. Cualquier error que el ensayo pueda contener es responsabilidad exclusiva del autor. Asimismo, agradezco el apoyo de la Sra. Isabel Cacho, quien transcribió el manuscrito.

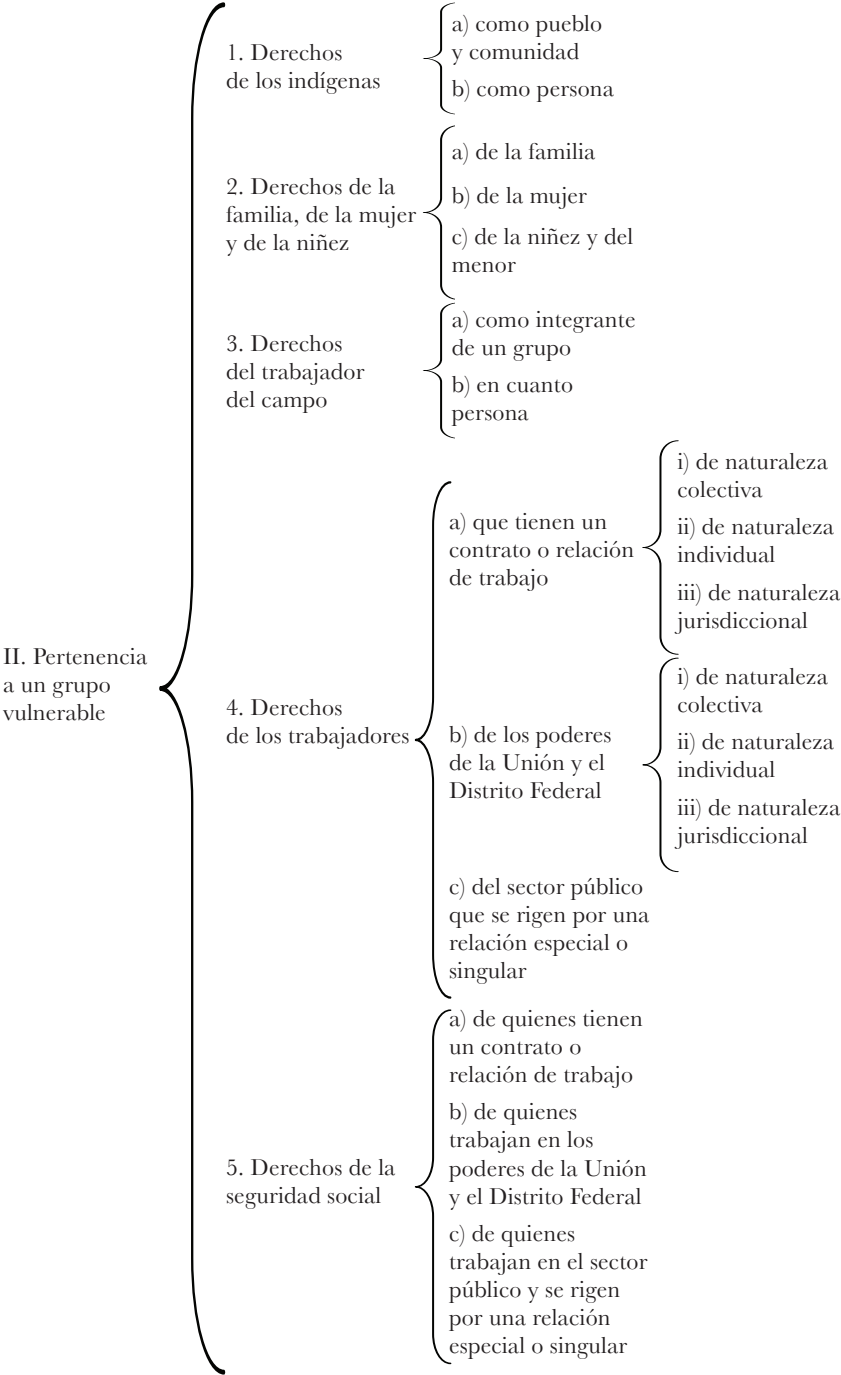
inútil. No obstante, resulta provechoso para quien se aproxima a ellos para contemplar un panorama general de los mismos, y tal vez auxilie a su comprensión.

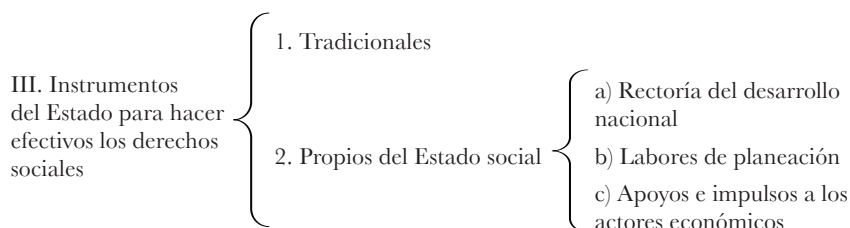
Para quien elabora la clasificación se presentan dificultades. En varias ocasiones no es diáfano decidir en qué casillero se coloca mejor al derecho. Hay que tomar una decisión, la cual es, lo admito, discutible. Sin embargo, acometí tal labor en virtud de que mis alumnos me han expresado que las clasificaciones que con anterioridad he presentado les han reportado alguna utilidad.

La siguiente clasificación que propongo es más elaborada y específica que aquella que se encontraba en las primeras ediciones de esta monografía, y lo primero que hago es mostrar un cuadro sinóptico de la misma:

DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA JUSTICIA SOCIAL  
EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917







2. De la anterior clasificación, llama la atención la inclusión de los instrumentos con que cuenta el Estado para hacer efectivos los derechos sociales, en virtud de que no son realmente derechos, sino los medios o procedimientos para hacer realidad dichos derechos.

La razón por la cual los incluí se debe a que, como ya señalé, el Estado social y los derechos sociales forman una unidad indestructible. Sin derechos sociales no existe Estado social, y éste se actualiza en cuanto hace efectivos esos derechos en un sistema democrático. Recuérdese que el nombre preciso es “Estado social y democrático de derecho”. Derecho social es únicamente su abreviatura.

En otras palabras, en lo relativo al Estado social resulta complicado separar los derechos del aspecto instrumental para hacerlos efectivos. Son un todo, constituyen una unidad.

Consideración aparte merecen las garantías-procesales para hacer efectivo cada uno de esos derechos, las que, desde luego, no están incluidas en la clasificación. Éstas forman parte de lo que en América Latina se denomina derecho procesal constitucional y, en Europa, jurisdicción o justicia constitucional, cuyo contenido son las garantías constitucionales de carácter procesal,<sup>1</sup> a grado tal que a esta denominación la doctrina le suprime el nombre de procesal, por ser parte de la naturaleza de las garantías, pero yo lo enfatizo, en virtud de la tradición mexicana del término de garantía individual.

El primer grupo de derechos sociales lo constituye el que se refiere a las protecciones y prestaciones para la población en general. Es el resultado de

<sup>1</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, Sinaloa, núm. 3, t. II, 1967, p. 179; del mismo autor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 70-75; Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 198; Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 66-75.



la evolución de los derechos humanos, y una consecuencia de que toda persona debe ser protegida, y del crecimiento de las clases medias en muchos países. ¿Será posible que en el plazo mediano este grupo de derechos de la justicia social constituya el peso más importante, debido a que continúe creciendo la clase media y logre mayores niveles de bienestar?

## II. PROTECCIONES Y PRESTACIONES PARA LA POBLACIÓN EN GENERAL: LOS DERECHOS PATRIMONIALES

3. Dentro de este gran grupo, el primer apartado se refiere a los derechos patrimoniales, los que he subdividido en derechos patrimoniales de la nación y derechos patrimoniales de la persona.

De nuevo surge un problemilla: ¿cómo que derechos de la nación?, si los derechos humanos lo son de las personas. Si no, también sería válido hablar de los derechos humanos de la naturaleza, de la tierra, de las plantas, de los animales; a todos ellos indiscutiblemente hay que cuidar y proteger porque, al final de cuentas, repercuten en nuestro nivel y calidad de vida, pero no son derechos humanos, cuya esencia es la dignidad humana.

Me refiero a los derechos patrimoniales de la nación, en virtud de que más allá del concepto de nación que se tenga, ésta es algo real, actuante, compuesta de personas (nacionales y residentes extranjeros), y que constituye una unidad de aplicación de normas jurídicas, y en México la nación es propietaria del territorio —entendido de manera amplia— para cuidarlo y aprovecharlo en beneficio de todos los habitantes del país. La propiedad de la nación tiene como finalidad mejorar la calidad de vida de la población. Por ello incluyo esos derechos en la declaración de carácter social y, si se quiere, lo son en forma indirecta, aunque deben resultar en beneficios muy directos, y esa es la concepción de nuestra Constitución al asignarle a la propiedad una función social.

Los derechos patrimoniales de la nación son los siguientes:

- Propietaria originaria de las tierras y aguas comprendidas en el territorio nacional (artículo 27, párrafo 1).
- La regulación, en beneficio social, del aprovechamiento de los elementos naturales de apropiación con el objeto de hacer una equitativa distribución de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana (artículo 27, párrafo 3).

- La imposición a la propiedad privada de las modalidades que dicte el interés público (artículo 27, párrafo 3).
- Evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad (artículo 27, párrafo 3).
- Dominio directo de todos los recursos naturales del país que se encuentren en cualquier parte del territorio, tales como los combustibles minerales sólidos, el petróleo y el espacio situado sobre el territorio nacional (artículo 27, párrafo 4).
- Enumeración de las aguas que son propiedad de la nación (artículo 27, párrafo 5).
- Establecimiento y supresión de reservas nacionales por parte del gobierno federal (artículo 27, párrafo 6). Nótese que este derecho también es de carácter instrumental y lo pude haber colocado dentro de la rectoría del Estado.
- Aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear y la regulación de sus aplicaciones en otros propósitos (artículo 27, párrafo 7).
- Los derechos de soberanía y de jurisdicción en la zona económica exclusiva, situada fuera del mar territorial y adyacente a éste (artículo 27, párrafo 8).
- Los Estados, el Distrito Federal y los municipios tienen plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos (artículo 27, VI).
- No constituyen monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las materias que la Constitución y las leyes federales expresamente señalen (artículo 28, párrafo 4).

4. Los derechos patrimoniales de la persona en cuanto a su carácter colectivo son:

- Organización de la tierra en ejidos y comunidades (artículo 27, párrafo 3).
- Las asociaciones religiosas sólo pueden adquirir, poseer o administrar los bienes indispensables para su objeto (artículo 27, II).
- Las instituciones de beneficencia pública o privada sólo pueden adquirir los bienes raíces indispensables para cumplir con su objeto (artículo 27, III).
- Las sociedades mercantiles por acciones pueden ser propietarias de terrenos rústicos, únicamente en la extensión necesaria para el

cumplimiento de su objeto y se establecen máximos de extensión a esos terrenos (artículo 27, IV).

- Los bancos podrán tener capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas de acuerdo con la ley, pero no podrán ser propietarios o administradores de bienes raíces sino sólo de los enteramente necesarios para su objeto directo (artículo 27, V).
- No constituyen monopolios las sociedades cooperativas de producción que en defensa de sus intereses o del interés general vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales, con una serie de requisitos, y cuidándose el interés social (artículo 28, párrafo 9).

5. Los derechos patrimoniales de la persona en cuanto individuo son:

- La transmisión de la propiedad privada, por parte de la nación, a los particulares (artículo 27, párrafo 1).
- La expropiación de esa propiedad por causa de utilidad pública y mediante indemnización (artículo 27, párrafo 2), así como las reglas de dicha expropiación y el pago de la indemnización, cuya precisión corresponde a las leyes federales y a las de los Estados (artículo 27, VI). Los derechos de este inciso y del anterior los puede gozar también una persona colectiva, pero son primordialmente derechos del individuo.
- El establecimiento de la pequeña propiedad rural y ganadera (artículo 27, párrafo 3), así como sus límites máximos de tierra (artículo 27, XV).
- La apropiación de las aguas del subsuelo por parte del dueño del terreno, lo que se puede reglamentar en razón del interés público o cuando se afecten otros aprovechamientos (artículo 27, párrafo 5).
- No constituyen monopolios los privilegios que por tiempo determinado se conceden a autores, artistas e inventores (artículo 28, párrafo 10).

6. Los derechos patrimoniales de la persona tanto en cuanto persona colectiva como en cuanto individuo son:

- Prohibición y fraccionamiento de los latifundios (artículo 27, IV, XV y XVII), porque esta disposición beneficia a los ejidos, comunidades y pequeña propiedad agraria y ganadera.

- Concesión y cancelación a los particulares, por parte del Ejecutivo Federal, de la explotación, uso o aprovechamiento de bienes del dominio de la nación, los que son inalienables e imprescriptibles. No se pueden concesionar los que señala la propia Constitución (artículo 27, párrafo 6).
- El Estado puede, en casos de interés nacional, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones constitucionales, pero debe asegurar la eficacia del servicio, la utilización social de los bienes y evitar la concentración que contraría el interés público (artículo 28, párrafo 10).

7. Los principios constitucionales que establecen que la propiedad originaria y el dominio directo de todos los recursos naturales de nuestro territorio corresponden a la nación, tienen su fundamento en el principio de soberanía, y no se necesita ningún otro. Algún autor considera que dicha decisión constituye una especie de derecho real de derecho público o un derecho real institucional que el Estado posee sobre su territorio.<sup>2</sup> En mi opinión son criterios que salen sobrando y muy secundarios respecto al del ejercicio de la soberanía. ¿Cómo va a ser soberano un pueblo cuyo territorio no sea suyo? ¿Cómo va a ser soberano un pueblo que no pueda disponer de sus recursos naturales en su beneficio?

En consecuencia, esa propiedad y esos recursos naturales deben beneficiar a todos los habitantes del país, no a unos cuantos. De aquí su proyección y función sociales, y que el Estado pueda imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, y que el propio Estado sea quien regule los elementos naturales susceptibles de apropiación, “con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana”, como dispone el artículo 27 constitucional. La concepción romana de la propiedad, que perduró por siglos, y que la entendía como el derecho a tener, usar y abusar del bien, quedó deshecha; se le envió al museo de la historia, y al lugar de las instituciones que fueron paradigmas de la desigualdad, del egoísmo y de la explotación del hombre por el hombre.

Así, la propiedad privada constituye un derecho, desde luego que sí, pero limitado por su función social y por el interés público.

El artículo 27 constitucional establece tres tipos de propiedad: i) pública, ii) social, y iii) privada, y cada una de ellas posee las características

<sup>2</sup> González Uribe, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1972, pp. 296-298.

señaladas por la Constitución y las diversas leyes que la reglamentan en la materia.

La propiedad pública se encuentra sujeta a un sistema jurídico particular, por su énfasis en el beneficio social y el interés común.

La propiedad social goza de una protección especial del Estado, y se constituye principalmente por los bienes ejidales y comunales. Estos últimos son los que pertenecen a las poblaciones indígenas y que fueron reconocidos desde la época colonial, pero que fueron usurpados durante el siglo XIX a favor de unas decenas de personas.

La propiedad privada goza de los derechos establecidos en la Constitución y se encuentra limitada por la propia Ley Fundamental y sus reglamentos. Por ejemplo, a la pequeña propiedad agrícola y ganadera, en 1948, se le fijaron sus límites, se facultó al Ejecutivo Federal a otorgarle un certificado de inafectabilidad con la finalidad de garantizarle seguridad jurídica; certificado que era protegido incluso a través del juicio de amparo. Ese certificado en la actualidad ya desapareció y, en consecuencia, no es necesario para la defensa judicial de esa propiedad.

El ejido es una modalidad de propiedad que se estableció para dotar de tierras a los campesinos que carecieran de ellas, y las pueden poseer en forma colectiva o en parcelas, pero en principio son inenajenables e imprescriptibles, régimen que se flexibilizó en 1992 para permitir que comuneros y ejidatarios puedan asociarse entre sí, con el Estado o con terceros, así como otorgarles el uso de sus tierras. En el caso de los ejidatarios, también pueden transmitir sus derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población.

El artículo 27 constitucional es uno de los más reformados a partir de 1934. En este año se estableció el reparto agrario, su reglamentación y las instituciones que lo llevarían a cabo. En la reforma de 1992 se derogó esa modificación, debido a que ya no existían tierras para repartir, y al no poderse satisfacer las peticiones se creaban incertidumbres y falsas expectativas, lo que redundaba en forma negativa en la productividad y los ingresos de los campesinos. La reforma de 1992 hay que relacionarla con la prohibición de los latifundios y las reglas para su fraccionamiento y enajenación, así como con las extensiones que llegasen a exceder los límites que la Constitución señala para la pequeña propiedad agraria o ganadera.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Valadés, Diego, "Comentario al artículo 27", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 532-538; Fix-Zamudio, Héctor, "200 años de evolución constitucional de los derechos humanos en el derecho mexicano", *200 años de derechos humanos en México*, México, CNDH-Archivo General de la Nación, 2010, pp. 29 y 30; Noriega Cantú, Alfonso, *Los dere-*

### III. PROTECCIONES Y PRESTACIONES PARA LA POBLACIÓN EN GENERAL: DIVERSOS DERECHOS

#### 8. Los derechos a la educación son:

- Toda persona tiene derecho a recibir educación (artículo 3º, párrafo 1).
- El Estado está obligado a proporcionar educación preescolar, primaria y secundaria (artículo 3º, párrafo 1), obligación que abarca a los padres en relación con sus hijos (artículo 31, I).
- La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente las facultades del ser humano y fomentará en él, el amor a: la patria, la conciencia en la solidaridad internacional, la independencia y la justicia (artículo 3º, párrafo 2).
- La educación será laica, ajena a cualquier doctrina religiosa (artículo 3º, I).
- Para garantizar que la enseñanza cumpla con las finalidades que señala la Constitución, el Ejecutivo Federal determinará los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República (artículo 3º, III).
- La educación que imparta el Estado será gratuita (artículo 3º, IV).
- Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el Estado otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en los planteles particulares (artículo 3º, VI).
- Autonomía a las universidades y demás instituciones de educación superior si su ley se las otorga, y se precisan las características de la autonomía (artículo 3º, VII).

9. La educación es el derecho a instruirse para poder realizar un destino personal; es también una obligación que el Estado tiene de proporcionar a

*chos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1988, pp. 110 y 111; Mendieta y Nuñez, Lucio, *Introducción al estudio del derecho agrario*, México, Porrúa, 1966, pp. 96-99 y 247-250; Lemus García, Raúl, *Derecho agrario mexicano*, México, Porrúa, 1991, pp. 329-339 y 357-361; Armienta Calderón, Gonzalo M., “La modernización del derecho agrario mexicano”, en Valdés Abascal, Rubén y Romero Apis, José Elías (coords.), *La modernización del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1994, pp. 291-303; Valdés Abascal, Rubén, “La reforma al artículo 27 constitucional”, en la obra anteriormente citada; Chávez Padrón, Martha, *El derecho agrario en México*, México, Porrúa, 1999, pp. 289-301 y 399-438.

la persona los medios para alcanzar su destino, el cual tiene que realizarse en sociedad.

La educación es una función social y un servicio público, en los términos del artículo 3º, VIII. Cualquier persona puede exigir al Estado que le proporcione los medios para adquirir los conocimientos, y poder ejercer un oficio o una profesión; todos tenemos el derecho de ser instruidos para realizar una labor útil a la sociedad. A su vez, la persona tiene la responsabilidad de aprovechar esa educación y de cumplir los requisitos para ir aprobando los cursos y ascender de nivel educativo.

Lo más valioso que un país posee son sus recursos humanos, y mientras éstos se encuentren mejor preparados, mayor será la grandeza de ese país. Las naciones más prósperas son aquellas donde la población se encuentra con mejores índices de educación.<sup>4</sup>

La parte final del párrafo 4 del artículo 5º establece: “Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale”.

Este párrafo establece una obligación; también es primordialmente un derecho, ya que el servicio será retribuido. La obligación consiste en corresponder a la sociedad los sacrificios que ésta realizó para que otro individuo lograra una educación integral.

10. El artículo 4º, párrafo 4, establece que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, y será la ley la que definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.

En 1983 se reconoció este derecho en nuestra Constitución, el cual ya se había recogido en las declaraciones Universal de los Derechos Humanos y Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre. En dicha fecha, México había logrado algunos éxitos en relación con el mencionado derecho, que se pueden sintetizar en que en 1930 la expectativa de vida era de 34 años; en cambio, en 1983 se había ampliado a 65.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Cámara de Diputados, LV Legislatura, 1993, pp. 174-175; Cisneros Farías, Germán, *El artículo tercero constitucional. Análisis histórico, jurídico y pedagógico*, México, Trillas, 1970, pp. 109-132; Sánchez Vázquez, Rafael, *Derecho y educación*, México, Porrúa, 1998, pp. 134-142; Carpizo, Jorge, “Ley Federal de Educación”, en *Legislación y Jurisprudencia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 2, núm. 2, 1973, p. 351; del mismo autor, “La Garantía Constitucional de la Autonomía Universitaria”, en *Legislación y Jurisprudencia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 9, núm. 9, 1980, pp. 713-718; Valencia Carmona, Salvador, *Derecho, autonomía y educación superior. Derecho de la educación y de la autonomía*, México, Instituto Politécnico Nacional y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 74-92 y 105-109.

<sup>5</sup> Kumate, Jesús, *La salud de los mexicanos 1929-2000*, México, El Colegio Nacional, 2010, p. 9.

Entre los propósitos de esa reforma constitucional se encuentran: un grado de descentralización de esos servicios para una mayor intervención y responsabilidad de las entidades federativas; el mejoramiento de esos servicios y —de acuerdo con la respectiva exposición de motivos— el establecimiento de un verdadero sistema nacional de salud con la coordinación entre las instituciones que prestan dichos servicios; mejor vinculación entre los requerimientos de la salud y las instituciones de educación superior que preparan a los profesionales de la materia, y la operación cabal de un cuadro básico de medicamentos.<sup>6</sup>

11. El derecho a la información comprende:

- Acceso a la información pública con prevalencia del principio de máxima publicidad y de acuerdo con las reglas establecidas en la propia Constitución (artículo 6°, párrafos 2 y 3).
- Protección de la información referente a la vida privada y datos personales (artículo 6°, II).
- Acceso gratuito, sin necesidad de acreditar interés alguno o de justificar su utilización, a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos (artículo 6°, III).

En 1977 se adicionó el artículo 6° constitucional con una oración: “El derecho a la información será garantizado por el Estado”, que fue parte de la reforma política que se efectuó en ese año, y resultado de las audiencias llevadas a cabo en la Secretaría de Gobernación, donde se manifestó la diferencia entre la libertad de expresión como una “garantía individual y el derecho a la información como una garantía social de los receptores de la información, encuadrada dentro del modelo de la preeminencia del interés social y que garantiza el pluralismo ideológico de la sociedad”;<sup>7</sup> también se señaló la obligación del Estado de informar clara y profusamente a la nación.<sup>8</sup>

Hubo varios intentos para reglamentar dicho derecho: en 1981, 1995 y 1998, que fracasaron ante las críticas de diversos medios de comunicación,<sup>9</sup> interesados en preservar sus intereses y privilegios.

<sup>6</sup> Ruiz Massieu, José Francisco, “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud”, en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 417-423. La exposición de motivos de esta reforma constitucional se puede consultar en esta misma obra, pp. 458-460.

<sup>7</sup> *Reforma Política I*, México, Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, Audiencias públicas, 1977, p. 243.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 286.

<sup>9</sup> Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 409-413.



En 2002 se aprobó la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, que, como su nombre lo señala, garantiza el acceso de toda persona a la información en posesión de los poderes federales, los órganos constitucionales autónomos, órganos con autonomía legal, y cualquier otra entidad federal.

Dicha Ley persigue que el gobierno y los órganos federales entreguen información sobre su manera de trabajar, el uso de los recursos públicos y sus resultados, salvo la información reservada o confidencial de acuerdo con las disposiciones de la propia Ley.

Para aplicar y hacer vigentes las normas de esa Ley se creó el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), como un órgano con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión.<sup>10</sup>

En virtud de que las legislaciones de las entidades federativas sobre la materia eran muy diversas, heterogéneas y desiguales, y que, en muchos casos, más que la protección a un derecho resultaba una restricción al mismo, se reformó el artículo 6° constitucional en julio de 2007 para incluir los derechos y precisiones a los que aludí al comienzo de este inciso.<sup>11</sup>

12. El derecho a la vivienda está reconocido en el artículo 4°, párrafo 6, que establece: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa...”. De inmediato salta a la vista que en este caso el sujeto activo del derecho no es la persona, sino la familia, con lo que se estaría excluyendo a varios grupos de personas, a todos aquellos que viven aislados por las más diversas razones, como la soltería, viudez o vejez, y no existe causa alguna para esta discriminación. Además, el párrafo se refiere al disfrute, no a la adquisición, con lo cual el derecho puede resultar de efectos transitorios y, desde luego, no es lo mismo rentar que ser propietario de la vivienda que se habita.

Una vivienda “digna y decorosa” está estrechamente relacionada con diversos derechos, como son, entre otros, a la privacidad, a la salud, al agua

<sup>10</sup> Carpizo, Jorge, “La reforma del Estado en 2007 y 2008”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 19, 2008, pp. 25 y 26; Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, *Transparencia, acceso a la información y datos personales*, México, IFAI, 2003, 139 pp.; en el número siete de *Comparative Media Law Journal*, México, Fundación Konrad Adenauer y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, se encuentran artículos muy interesantes sobre el acceso a la información pública en Chile, España y Perú.

<sup>11</sup> Becerra, Ricardo y López Ayllón, Sergio, “Transparencia: horas decisivas”, en Periódico *Reforma, Enfoque*, México, 13 de abril de 2008, p. 7; véase Becerra, Ricardo y Lujambio, Alonso, “Por qué constitucionalizar”, en López Ayllón, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución*, México, IFAI y UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 173-197; Gómez Gallardo, Perla y Villanueva, Ernesto, *Indicadores de transparencia y reforma del artículo 6° constitucional*, México, Trust, 2007, p. 195.

potable, a la electricidad, al alcantarillado, al medio ambiente adecuado, a baños al interior de la vivienda.

La Constitución hace referencia al derecho a la vivienda en otros artículos y para grupos precisos. A pesar de que nos encontramos en el apartado de derechos de carácter general para toda la población, considero que es lugar apropiado para enunciar cinco casos específicos para tener la panorámica de este derecho:

- Acciones de las autoridades federales, estatales y municipales para facilitar el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de viviendas para los integrantes de las comunidades indígenas (artículo 2º, B, IV).
- Las empresas estarán obligadas a proporcionar a los trabajadores habitaciones cómodas e higiénicas a través de aportaciones a un fondo nacional de la vivienda que permita establecer un sistema que otorgue crédito barato y suficiente para adquirir en propiedad su vivienda (artículo 123, A, XII). Para ello se creó un organismo (Infonavit) integrado por representantes del gobierno federal, de los trabajadores y de los patrones, a través de la expedición de una ley que es de utilidad social.
- A los trabajadores del gobierno federal y del Distrito Federal se les proporcionarán habitaciones baratas, en arrendamiento o en venta (artículo 123, B, XI, f).
- El Estado establecerá un sistema de financiamiento que permita otorgar a sus trabajadores federales y del Distrito Federal, crédito barato y suficiente para que puedan adquirir en propiedad habitaciones cómodas e higiénicas, o bien para construirlas, repararlas, mejorarlas o pagar pasivos (artículo 123, B, XI, f).
- El Estado proporcionará iguales derechos a los mencionados en el párrafo anterior a los miembros en activo del ejército, fuerza aérea y armada, a través del organismo encargado de su seguridad social (artículo 123, B, XIII, párrafo 4).

### 13. Los derechos de los consumidores son los siguientes:

- Prohibición de los monopolios y las prácticas monopólicas, los estancos, las exenciones de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria (artículo 28, párrafo 1).
- Castigos severos y persecución eficaz de toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario con el objeto de aumentar los precios (artículo 28, párrafo 2).

- Los mismos actos para quienes acuerden evitar la libre competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados (artículo 28, párrafo 2).
- Los mismos actos para todo aquello que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas y en perjuicio del público en general o de alguna clase social (artículo 28, párrafo 2).
- Las leyes fijan bases para señalar precios máximos a artículos, materias o productos que se consideren necesarios para la economía nacional o el consumo popular (artículo 28, párrafo 3).
- La imposición de modalidades a la distribución de esos artículos o materias, para evitar que la intermediación provoque insuficiencia en el abasto y el alza de precios (artículo 28, párrafo 3).
- La ley protege a los consumidores y propicia su organización para el mejor cuidado de sus intereses (artículo 28, párrafo 3).

El artículo 28 constitucional debe observarse desde dos perspectivas, que son complementarias: *a)* la prohibición de los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos, las exenciones de impuestos y las prohibiciones a título de protección a la industria en los términos de la ley, como una forma de la rectoría del Estado y del manejo de la macroeconomía y de la regulación e intervención que al Estado le corresponde en aquéllas, y *b)* como derechos sociales de los consumidores.

La prohibición de los monopolios, estancos y prohibiciones a título de protección a la industria ya se encontraba en la Constitución de 1857; fue uno de los aspectos, probablemente el más importante, que lograron introducir en la ley fundamental los diputados constituyentes integrantes de la corriente del liberalismo social.

La idea de 1857 la recogió la original Constitución de 1917. En ambas se señalaban las excepciones a los monopolios, que realmente no son excepciones, sino que son rubros económicos a cargo del Estado, por decisión del poder constituyente y para beneficio del bien común y del interés público, y la razón a la prohibición de los monopolios de los particulares es exactamente la opuesta: la supresión de beneficios para unos cuantos en detrimento de toda la sociedad, en menoscabo del bienestar de las mayorías.

Los monopolios inhiben y limitan la libre competencia y, en consecuencia, castigan al consumidor, quien termina pagando un sobreprecio al producto o al servicio. Asimismo, el estanco también lesiona la libre competencia, en virtud de que “significa embargo o prohibición del curso y venta libre de algunas cosas, o asiento que se hace, para reservar exclusivamente las ventas de mercancías o géneros, fijando los precios a que se hayan de

vender”. La misma razón motiva la prohibición a la exención de impuestos, porque es un beneficio a una o unas personas en detrimento de la libre competencia y de los derechos de los consumidores.<sup>12</sup>

El artículo 28 constitucional se ha reformado en varias ocasiones: en 1982, 1983 (en la que se reconocieron los derechos de los consumidores), 1990, 1993 y 1995.

Sin embargo, desde 1976 se había creado la Procuraduría Federal del Consumidor, una especie de *ombudsman*, para la defensa de los consumidores en el país.

14. El derecho al trabajo, establecido en forma general como un derecho para toda la población, se encuentra en el párrafo primero del artículo 123 constitucional: “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley”. Este derecho se reconoció a partir de una reforma constitucional en diciembre de 1978.

15. El derecho a la seguridad social, establecido como un derecho para toda la población, se recoge en la fracción XXIX del artículo 123 constitucional: “Es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y ella comprenderá seguros de invalidez, de vejez, de vida, de cesación involuntaria del trabajo, de enfermedades y accidentes, de servicios de guardería y cualquier otro encaminado a la protección y bienestar de los trabajadores, campesinos, no asalariados y otros sectores sociales y sus familiares”.

No desconozco que actualmente la Ley del Seguro Social se refiere casi exclusivamente para la clase trabajadora. De manera tímida establece los seguros voluntario y familiar. El carácter universal de la intención original de dicha fracción XXIX —como bien dice Patricia Kurczyn— se ha desvirtuado.

#### IV. DERECHOS POR PERTENECER A UN GRUPO VULNERABLE: LOS DERECHOS DE LOS INDÍGENAS

16. El segundo gran grupo de los derechos de la justicia social, el que se refiere a la pertenencia a un grupo vulnerable, se integra por cinco apartados: derechos de los indígenas; derechos de la familia, la mujer y la niñez; derechos del trabajador del campo o agro; derechos de los trabajadores en general, y derechos de la seguridad social.

<sup>12</sup> Márquez Gómez, Daniel, “Comentario al artículo 28”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 545-555.

A su vez, los derechos de los indígenas se subdividen en: *i*) como pueblo y comunidad, y *ii*) como persona.

Los derechos de los indígenas como pueblo y comunidad son:

- El reconocimiento de los derechos e instituciones de los pueblos indígenas como base de la composición pluricultural de la nación, dentro de la unidad e indivisibilidad de ésta (artículo 2º, párrafos 1 y 2).
- El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional (artículo 2º, párrafo 5).

Los anteriores derechos incluyen facultades para:

- Decidir las formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural (artículo 2º, A, I).
- Aplicar sus propios sistemas normativos para la solución de sus conflictos internos, sujetándose a la Constitución y respetando los derechos humanos, de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres. Es la ley la que establece los casos y procedimientos de validación por parte de los jueces o tribunales correspondientes (artículo 2º, A, II).
- Elegir a sus autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad, a lo cual me referí en capítulo anterior (artículo 2º, A, III).
- Preservar y enriquecer su cultura e identidad (artículo 2º, A, IV).
- Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en la Constitución (artículo 2º, A, V).
- Acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que ocupan las comunidades, menos en aquellos que correspondan a áreas estratégicas y respetando las disposiciones de la Constitución, las leyes de la materia y los derechos adquiridos por terceros integrantes de la comunidad (artículo 2º, A, VI).
- El desarrollo integral de los pueblos y comunidades indígenas en beneficio de las personas, que será diseñado y operado conjuntamente con ellos (artículo 2º, B).
- El impulso al desarrollo regional para fortalecer las economías locales a fin de mejorar las condiciones de vida de los pueblos y las comunidades con su participación (artículo 2º, B, I).

- Asignaciones presupuestales en los municipios, que las comunidades administrarán directamente para fines específicos (artículo 2º, B, I).
- Mejoramiento de los espacios para la convivencia y la recreación (artículo 2º, B, IV).
- Extensión de la red de vías de comunicación y telecomunicación y el establecimiento de condiciones para que las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación (artículo 2º, B, VI).
- El apoyo a las actividades productivas y al desarrollo sustentable mediante acciones que la Constitución señala, como son, entre otras, la creación de empleos y la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva (artículo 2º, B, VII).
- La consulta a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen (artículo 2º, B, IX).
- Los diversos niveles de gobierno establecerán en sus presupuestos de egresos las partidas específicas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en el artículo 2º de la Constitución, así como las formas y los procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas (artículo 2º, B, IX).
- Toda comunidad equiparable a los pueblos y comunidades indígenas, así como en cuanto personas, tendrán en lo conducente los mismos derechos, tal y como lo establezca la ley (artículo 2º, B, IX).

17. Los derechos de los indígenas como persona son:

- Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, para fortalecer su participación y representación política de acuerdo con sus tradiciones y normas internas (artículo 2º, A, VII). Éste es un derecho político, pero como expresé en el cap. XV, inc. 40, su naturaleza es más de carácter social, en virtud de que se concede en cuanto grupo indígena, y conforme con las peculiaridades del grupo.
- Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural y alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva, y la educación media y superior (artículo 2º, B, II).

- Establecer un sistema de becas en todos los niveles (artículo 2º, B, II).
- Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos y en consulta con las propias comunidades indígenas (artículo 2º, B, II).
- Impulsar el respeto y el conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación (artículo 2º, B, II).
- Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud y aprovechar debidamente la medicina tradicional (artículo 2º, B, III).
- Apoyar su nutrición mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil (artículo 2º, B, III).
- Acceder al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda (artículo 2º, B, IV).
- Apoyar a las mujeres, entre otros aspectos, para proyectos productivos y su participación en la toma de decisiones en la vida comunitaria (artículo 2º, B, V).
- Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, con acciones concretas que la Constitución señala (artículo 2º, B, VIII).
- Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado, tomándose en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, pero respetando los preceptos de la Constitución (artículo 2º, A, VIII).
- Contar en los juicios con intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura (artículo 2º, A, VIII).

18. De la clasificación queda claro que considero a los indígenas como un grupo vulnerable. En consecuencia, debo clarificar varias cuestiones de mi propuesta:

- a) ¿Qué es un grupo vulnerable?
- b) ¿Por qué los indígenas constituyen grupos vulnerables en México?
- c) ¿Qué son los derechos colectivos? ¿Por qué no incluí los derechos indígenas como tales?
- d) ¿Qué es un indígena?
- e) ¿Desde cuándo se “constitucionalizaron” los derechos indígenas en México?

a) Para Jorge U. Carmona Tinoco el grupo vulnerable o, con mayor precisión, el grupo en situación de vulnerabilidad indica un estado o circunstancia desfavorable, de desventaja o de carencia en el cual se encuentran personas que pertenecen a un grupo específico, o a una categoría social

determinada en relación con el grado de satisfacción de sus necesidades vitales, el goce y ejercicio pleno de sus derechos humanos, y el acceso a los órganos de procuración e impartición de justicia.<sup>13</sup>

Para Jorge Alberto González Galván, María del Pilar Hernández y Alfredo Sánchez Castañeda la vulnerabilidad es un estado de debilidad, implica un equilibrio precario que conduce al individuo o al grupo a una espiral de efectos negativos acumulativos, y uno de sus rasgos propios se encuentra en la incapacidad de actuar o reaccionar a corto plazo, y aclaran que la vulnerabilidad no implica sólo la falta de satisfacción de necesidades materiales, sino que asimismo comprende las conductas discriminatorias.<sup>14</sup>

Las dos precisiones señaladas dan buena cuenta de qué es un grupo vulnerable.

Considero que un grupo vulnerable es aquel que se encuentra en una situación de debilidad o precariedad en el goce de los derechos humanos, especialmente de los sociales, económicos y culturales, en comparación con el conjunto de otros grupos integrantes en una sociedad determinada.

Al grupo vulnerable hay que protegerlo de su propia vulnerabilidad, que no existan grupos de primera, de segunda o de tercera; la finalidad es que todos los grupos sean de primera. En dicha idea se encuentra un énfasis especial en la noción de igualdad real o material; hay que equiparar en oportunidades y en derechos a quienes integran un grupo débil con la finalidad de que alcancen niveles de vida acordes con su dignidad, con satisfactores sociales, económicos y culturales suficientes. ¿Y cuándo éstos son suficientes? La respuesta se encuentra en las estadísticas nacionales e internacionales que cada día son más precisas y abundantes.

La vulnerabilidad del grupo no coincide necesariamente con que sea de carácter minoritario, aunque a menudo sí lo sea. Esta aseveración se comprueba con la protección a los derechos de la familia, la mujer y la niñez, y los derechos de los trabajadores.

La vulnerabilidad existe en la dificultad o debilidad para el goce de los derechos, a menudo frente a obstáculos de naturaleza diversa o frente a quien se encuentra en una situación de poder en relación con el sujeto activo del derecho.

<sup>13</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en situación vulnerable”, 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, p. 193.

<sup>14</sup> González Galván, Jorge Alberto *et al.*, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en la obra citada en la nota anterior, p. 225.



Subrayo, para los grupos vulnerables muchos de los derechos que se les reconocen ya se encuentran en los derechos garantizados a toda la población en general, pero su vulnerabilidad hace necesario precisar y desglosar esos derechos de acuerdo con las características del grupo, y entonces se realiza un énfasis especial en sus derechos.

Desde las perspectivas anteriores, mi propuesta de clasificación en razón de pertenecer a un grupo vulnerable puede ser criticada por omisa. ¿Por qué no incluí a los ancianos o a los discapacitados?

Mis razones son las siguientes: no es posible considerar como un grupo específico o una categoría social determinada a la mitad de la población. Ciertamente los derechos de las mujeres se han violado a través de los siglos. No obstante, el problema debe ser resuelto haciendo realidad el principio de la igualdad legal de los géneros, el de no-discriminación, y el goce real de esos derechos. En este caso había que tener siempre presente la fórmula legislativa: “Queda prohibida la discriminación motivada... o de cualquier otra que atente contra la dignidad humana...”. No existe duda alguna que aún las discriminaciones contra las mujeres constituían un capítulo infamante de nuestra realidad social, que tendría que superarse y contra las cuales habría que luchar.

En relación con los ancianos y los discapacitados o de personas en situaciones semejantes, considero que si gozan realmente de los derechos humanos en general que la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados reconocen, su situación corresponderá a la de una existencia digna; que las peculiaridades que sí presentan no ameritan ese énfasis especial, y que la mejor prueba de ello es que pocas son las Constituciones que contienen derechos específicos para ellos, y tal es la situación en la Constitución mexicana. No obstante, no descarto que en el futuro esta posición deba cambiar y se les incluya entre los grupos vulnerables. El tiempo tiene la palabra.

Tampoco menciono en forma específica a los adolescentes porque la Constitución mexicana, al referirse a ellos, lo hace en relación con derechos de seguridad jurídica, que ya enumeré; que varios de los derechos que les son más importantes ya están incluidos en otros rubros, como los derechos a: la protección de la salud, educación, vivienda, alimentación, prohibiciones y protecciones al trabajo, etcétera.

Por goce de los derechos entiendo su ejercicio real o material, y que en caso de que no sea así, exista la posibilidad jurídica de poder exigirlos, incluso ante los tribunales.

b) Los indígenas son un grupo vulnerable en México, en virtud del estado de marginación en que viven, son los más pobres entre los pobres;

generalmente se encuentran en indefensión social, política, económica y jurídica, son los que tienen los índices más bajos de educación, protección a la salud, nutrición, acceso a agua potable, viviendas decorosas, trabajos bien remunerados, etcétera. Tradicionalmente se les ha marginado, excluido, explotado, dominado y discriminado en favor de los blancos y los mestizos. En 1900 representaban el 15.4% de la población; en 1950, el 11.2% y en 2010 el 6.5% de acuerdo con el INEGI.

Es nuestra Constitución la que mejor contesta los porqués y las razones que circunscriben a los indígenas como grupo vulnerable. En dicha Ley Fundamental, en el artículo 2º, que he diseccionado, se encuentran conceptos como los siguientes: abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, la promoción de la igualdad de oportunidades para los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria.

c) Los planteamientos del multi o pluriculturalismo son importantes; asimismo, debe tomarse en cuenta que no es lo mismo diferencias que desigualdades y sus relaciones con las discriminaciones.

Las diferencias, ya sean naturales o culturales, son, en palabras de Luigi Ferrajoli, los rasgos que diferencian e individualizan a las personas, y en cuanto tales son protegidas por los derechos humanos, y forman las diversas y concretas identidades de cada persona.

Las desigualdades, ya sean económicas o sociales, son las disparidades que surgen entre las personas debido a sus derechos patrimoniales, así como sus posiciones de poder y sujeción, lo cual forma diferentes esferas jurídicas.

Tanto las diferencias como las desigualdades se relacionan con el principio de no-discriminación. Las diferencias se protegen por la igualdad formal en los derechos de libertad, en cuanto derechos al respeto igual de todas las diferencias.

En cambio, en las desigualdades se persigue la igualdad real, que se disfrute de niveles mínimos de existencia, que se asegure el goce de los derechos sociales con la finalidad de reducir esas desigualdades.

No obstante, la igualdad formal y la real pueden resultar inefectivas en razón de las innumerables discriminaciones que de hecho violan dichas igualdades. Las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas que lesionan el principio de igualdad. El *quid* de la cuestión es encontrar garantías idóneas que las remuevan tanto en el universo jurídico como en la realidad.<sup>15</sup>

Miguel Carbonell señala que los derechos colectivos presuponen que en los Estados multiculturales, el sistema jurídico y las instituciones públicas no

<sup>15</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 80-83.

pertenecen únicamente a la mayoría ni valen para suprimir a las minorías de sus prácticas culturales, y éstas deben estar dispuestas a respetar un mínimo ético de reglas de convivencia,<sup>16</sup> y afirma que para la comprensión de los derechos colectivos resulta muy útil especificar cuáles son esos derechos, para lo cual sigue el pensamiento de Jacob Levy. Entiendo que ese mínimo ético constituye un núcleo inviolable, el indispensable para el aseguramiento real de los derechos.

Esos derechos colectivos son: excepciones a las leyes que penalizan o dificultan prácticas culturales; asistencia para realizar acciones que la mayoría puede lograr sin ayuda alguna; autogobierno para las minorías étnicas, culturales o nacionales; reglas externas que limitan algunas libertades para los no-miembros de la comunidad con la finalidad de defender la cultura de esa colectividad; ostracismo o expulsión de los miembros de la comunidad que no sigan sus reglas internas; reconocimiento/obligatoriedad de las costumbres jurídicas por parte del sistema jurídico dominante; representación política de las comunidades minoritarias en los órganos de gobierno, ya sea porque aquélla se garantiza o se le brindan facilidades; demandas simbólicas de aquellos emblemas que representan la dignidad, el estatuto o incluso la existencia del grupo.<sup>17</sup>

Los derechos de los pueblos, comunidades y de los indígenas como personas podría considerarse que son susceptibles de ser incluidos en la nueva categoría de los derechos colectivos. Mis razones para considerarlos dentro de los derechos de la justicia social, al pertenecer a un grupo vulnerable, son: i) así lo indica la Constitución mexicana expresamente al señalar, como ya lo recordé, que la razón del artículo 2º es abatir las carencias y rezagos que los afectan, que se encuentran caracterizados por su debilidad y necesitan protecciones especiales de la más diversa índole; ii) de la composición pluricultural de la nación se derivan derechos que encuadran en los derechos humanos civiles, políticos, y de la justicia social, y los refuerzos y las protecciones especiales que deben reconocérseles son parte de los propios derechos humanos; en razón del universo indígena y de sus carencias y rezagos y de sus peculiaridades culturales, la Constitución hace énfasis en los

<sup>16</sup> Carbonell, Miguel, "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, p. 68.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 64-67; Levy, Jacob, "Classifying Cultural Rights", en Kymlicka, Will y Shapiro, Ian (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, Nueva York, New York University Press, 1997, pp. 25-49; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, pp. 979-1000.

mismos; *iii*) las peculiaridades culturales, no obstante, no pueden reconocerse si lesionan algún derecho humano o si los mismos no pueden armonizarse, a lo que me refiero en el párrafo siguiente; *iv*) en la comprensión unitaria de los derechos humanos en México no es necesario, cuando menos hasta ahora, seguir fraccionando su conocimiento con nuevos apartados, ya que caben bien por sus características en alguno de los tres grandes apartados que he enunciado, y si abrimos un apartado de derechos colectivos, quizá habría que incluir en él los derechos de los trabajadores y de los campesinos, y entonces esta categoría existiría desde 1917 en la Constitución mexicana.

No desconozco, hacerlo sería una estupidez, el valor, y muy grande, de la pluralidad cultural de México, lo que la enriquece como nación. Al final de cuentas, lo importante es el reconocimiento de los derechos de los indígenas y la preservación de sus costumbres y tradiciones, aspectos que se establecen en la propia Constitución para protegerlos por su debilidad, por sus carencias y rezagos; si no, no habría necesidad de especificarlos, ya que están protegidos por todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales ratificados.

Puntualizo: las tradiciones y peculiaridades culturales de los pueblos y comunidades indígenas no deben prevalecer si violan derechos humanos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales. Éste es el espíritu —finalidad, intención o propósito— y letra del artículo 2º constitucional. En mi criterio, el caso más claro es la situación de la mujer indígena, que en muchos pueblos no goza de derechos o se encuentra subordinada al varón. El artículo 2º constitucional es preciso al ratificar una y otra vez el principio de la igualdad y la no-discriminación en razón de género: sujetándose de manera relevante al principio de la dignidad e integridad de las mujeres; al garantizar su participación en condiciones de equidad frente a los varones; al propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo; al mejorar las condiciones de salud que deben gozar.

Por idéntica razón que la anterior, la Constitución hace *énfasis* en los derechos indígenas, en los de niños y niñas, diversos aspectos del derecho a la educación, salud, protección de sus tierras e incentivos y apoyos a su actividad productiva.

La concepción pluricultural de la nación y de la justicia social son complementarias en la Constitución mexicana. Una se apoya en la otra.

d) La Constitución mexicana define con precisión a los pueblos y comunidades indígenas.

Nuestra definición constitucional de pueblos indígenas es la del Convenio 169 de la OIT. El párrafo 2 del artículo 2º señala “que son aquellos que descenden 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”, y en el párrafo 3 del propio artículo 2º constitucional se agrega otro elemento del mencionado Convenio: “La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”.<sup>18</sup>

En el párrafo 4 del artículo 2º constitucional se define a las comunidades como las integrantes de un pueblo indígena y “que forman una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”.

Así, se ha ejemplificado que el pueblo coranayerij incluye diversas comunidades, como las de Jesús María, Santa Teresa y Mesa del Nayar; el pueblo huichol-wirrárika las de San Andrés, San Sebastián y Santa Catarina.

La Constitución mexicana se incorporó a la corriente latinoamericana de llevar a la norma suprema los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, lo cual es resultado de que aquéllos han aparecido como nuevos e insospechados actores políticos y sociales, bien organizados y con un vigor inusitado. En los años sesenta del siglo XX únicamente existían unas cuantas organizaciones indígenas dirigidas por ellos mismos. En la actualidad son numerosas y sus demandas son específicas: tierra, crédito agrícola, educación, salud, vivienda, comunicaciones, inversiones en infraestructura, respeto a sus costumbres y autonomía.

En virtud de que muchos de los pueblos y comunidades indígenas son de carácter campesino y rural, sus demandas coinciden con las de éstos, y establecen alianzas estratégicas para el logro de sus objetivos.<sup>19</sup>

e) La reforma constitucional de 2001, que creó el artículo 2º constitucional actual e incorporó todos los derechos que he enunciado, estableció que la nación mexicana es única e indivisible y tiene una composición pluricultural. Esta declaración responde a una realidad sociológica de casi cinco siglos. Así ha sido y así continúa siendo. México es una sociedad y un Estado pluricultural, habitado por múltiples pueblos y comunidades indígenas y, en consecuencia, este reconocimiento implica nuevas relaciones con los pueblos y comunidades indígenas basadas en su identidad y su dignidad, y como grupos vulnerables.

<sup>18</sup> Véase González Galván, Jorge Alberto, “Debate nacional sobre derechos indígenas. Lo que San Andrés propone ¿San Lázaro descompone?”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 270-272.

<sup>19</sup> Véase Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos Humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000, pp. 19-23.

No obstante, el reconocimiento constitucional de la naturaleza pluricultural de México fue anterior a esa fecha. En 1992 se modificó la Constitución para introducir en el artículo 4º un párrafo primero:

La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

Este párrafo se derogó al introducirse en la Ley Fundamental el actual artículo 2º, en agosto de 2001, que es más preciso y reconoce una larga serie de derechos, y que es el fruto jurídico de la rebelión indígena en Chiapas que comenzó el 31 de diciembre de 1993, al tomar el movimiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) por las armas diversas ciudades en ese Estado. Las demandas de ese movimiento eran de carácter social y político. El Estado mexicano decidió recuperar esas ciudades y declarar doce días después del levantamiento armado el cese unilateral de las hostilidades, al ordenar al ejército nacional que no disparara a menos que fuera agredido; asimismo, resolvió negociar la paz y los aspectos sociales con el EZLN, y los políticos con los interlocutores naturales en esa materia: los partidos políticos.

Después de múltiples desencuentros, el presidente Fox decidió enviar al Congreso de la Unión como iniciativa los acuerdos de San Andrés, que se habían firmado en el periodo de su antecesor, el presidente Zedillo. Esos acuerdos, modificados para darles una estructura y lenguaje jurídico-constitucional y para ratificar la unidad e indivisibilidad de la nación, son el fundamento del nuevo artículo 2º constitucional<sup>20</sup> y de los otros artículos que se modificaron en esa ocasión con motivo de la cuestión indígena.

## V. DERECHOS POR PERTENECER A UN GRUPO VULNERABLE: DERECHOS DE LA FAMILIA Y EL MENOR

### 19. Como grupo vulnerable, los derechos de la familia son:

<sup>20</sup> Hubo tres iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena, las tres basadas en los Acuerdos de San Andrés; véase González Galván, Jorge Alberto, "Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, 2000, pp. 361-370.

- Protección a la organización y desarrollo de la familia (artículo 4º, párrafo 1).
- Derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa (artículo 4º, párrafo 6), al que ya me referí en el rubro de derecho a la vivienda.
- Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen alguno (artículo 27, XVI). Por el lugar donde se encuentra colocado el precepto, pareciera que el derecho es para el campesino o trabajador del campo. Al no especificarse, considero que su alcance es general, en virtud del principio *pro persona*.
- Las leyes determinarán los bienes que constituyan el patrimonio de familia (de los trabajadores), bienes que serán inalienables, no podrán sujetarse a gravámenes reales ni embargos, y serán transmisibles a título de herencia con simplificación de las formalidades de los juicios sucesorios (artículo 123, A, XXVIII).
- De las deudas contraídas por los trabajadores a favor de sus patronos, de sus asociados, familiares o dependientes sólo serán responsables los mismos trabajadores, y en ningún caso y por ningún motivo se podrán exigir a los miembros de su familia (artículo 123, XXIV).

20. Como grupo vulnerable, los derechos del menor son:

- Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades más importantes (artículo 4º, párrafo 6).
- El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos, y otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven el cumplimiento de los derechos de la niñez (artículo 4º, párrafos 7 y 8).
- Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán una jornada máxima de seis horas (artículo 123, III).
- Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, así como la jornada extraordinaria para los menores de dieciséis años (artículo 123, II y XI).

21. Los derechos de los menores enunciados en la Constitución me sirven para reiterar la concepción que he enunciado de los derechos humanos.

El artículo 4º, párrafo 6, dice textualmente: "...Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral".

¿Por qué un artículo de esta naturaleza si ya la Constitución señala que todo individuo debe gozar de tales derechos, y jurídicamente, aunque no existiera esa norma específica, de todos modos los tendrían? Es un énfasis necesario en razón de la vulnerabilidad del grupo, es un señalamiento y una reiteración expresa de la obligación del titular pasivo del derecho: en este caso el Estado, los ascendientes, los tutores y los custodios, y lo mismo puede decirse de los derechos expresamente reconocidos a los indígenas, campesinos y trabajadores, y que se reiteran de manera especial, en virtud de su vulnerabilidad.

Asimismo, queda claro que cualquier clasificación es fundamentalmente por razones didácticas; ¿dónde colocar el derecho de las niñas y niños a la alimentación, la salud y a la vivienda?, ¿en ese derecho o en el rubro salud o vivienda? Lo correcto se encuentra en ubicarlo en el derecho específico, en el *énfasis* constitucional, porque si no se modificaría la razón de ser de esas normas constitucionales.

¿Dónde colocar los derechos políticos específicos de los indígenas? ¿Dónde colocar los derechos específicos o los énfasis sobre las tierras de los indígenas? ¿Dónde colocar el patrimonio de familia de los trabajadores?, ¿como derecho de la familia o de aquéllos?

También en el énfasis constitucional puede encontrarse una nota de urgencia, como en el caso de los derechos indígenas, por el reconocimiento a la grave desigualdad de oportunidades y de discriminación en que han vivido y viven, y se persigue garantizar la vigencia real de los derechos en el más corto tiempo posible.

Véase, entonces, cómo los derechos individuales y políticos se entrecruzan con los sociales, económicos y culturales, y éstos, a su vez, entre un grupo y el otro. Por ejemplo, los derechos indígenas están imbuidos de los derechos, entre otros, a la igualdad formal y real de las mujeres, a la educación, a la protección de sus tierras, de carácter político, apoyos a actividades productivas, a la vivienda, a la diversidad cultural.

## VI. DERECHOS POR PERTENECER A UN GRUPO VULNERABLE: LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES DEL CAMPO, LOS DE LOS TRABAJADORES EN GENERAL Y LOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

22. Los derechos del trabajador del campo se subdividen en: *i*) como integrante de un grupo, y *ii*) en cuanto persona.



Los derechos del trabajador del campo<sup>21</sup> como integrante de un grupo vulnerable son:

- El reconocimiento de personalidad jurídica a los núcleos de población ejidales y comunales (artículo 27, VII).
- La protección de la propiedad sobre la tierra de los núcleos de población ejidales y comunales, tanto para el asentamiento humano como para sus actividades productivas. La ley preverá las acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores (artículo 27, VII).
- La restitución de tierras, bosques y aguas a los núcleos de población se hará en los términos de la ley reglamentaria (artículo 27, VII).
- La declaración de nulidad de todas las enajenaciones u ocupaciones ilegales de tierras, aguas y montes pertenecientes a los pueblos, rancherías, congregaciones, comunidades, ejidos, terrenos de común repartimiento y núcleos de población (artículo 27, VIII).
- El Estado promoverá las condiciones para el desarrollo rural integral, con el propósito de generar empleo y garantizar a la población campesina el bienestar e incorporación al desarrollo nacional (artículo 27, XX).

23. Los derechos del trabajador del campo en cuanto persona son:

- La ley regulará el ejercicio de los derechos de los comuneros sobre la tierra y de cada ejidatario sobre su parcela, así como los procedimientos para su asociación; en el caso del ejidatario la transmisión de los derechos parcelarios entre los miembros del núcleo de población y los requisitos y procedimientos para otorgar al ejidatario el dominio de su parcela (artículo 27, VII).
- La ley regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores (artículo 27, VII).
- Límite de la extensión de tierra de la cual un ejidatario puede ser titular dentro de un mismo núcleo de población (artículo 27, VII).
- Elección democrática del comisariado ejidal o de bienes comunales, quien es el representante del núcleo y el responsable de ejecutar las resoluciones de la asamblea general (artículo 27, VII).

<sup>21</sup> Lo denomino así en cuanto trabaja la tierra, en cuanto la hace producir, y a pesar de ello pertenece a un grupo vulnerable. Prefiero referirme al trabajador del campo que a jornalero o campesino.

- Requisitos para solicitar la nulidad de la división o reparto de las tierras que se hubiese hecho con apariencia de legítima entre los vecinos de algún núcleo de población y en la que haya habido error o vicio (artículo 27, IX).
- Jurisdicción agraria especializada para garantizar la seguridad jurídica en la tenencia de la tierra ejidal, comunal y de la pequeña propiedad (artículo 27, XIX).
- El Estado apoyará la asesoría legal de los campesinos y establecerá la procuraduría de justicia agraria (artículo 27, XIX).

24. Los derechos de los trabajadores se pueden subdividir en: *a)* los de quienes tienen un contrato o una relación de trabajo; *b)* los de quienes laboran en los poderes de la Unión y en el Distrito Federal, y *c)* los de quienes están regidos por relaciones especiales.

*a)* Los derechos de los trabajadores que tienen un contrato o una relación de trabajo, a su vez, se subdividen en: *i)* de naturaleza colectiva, *ii)* de naturaleza individual, y *iii)* de naturaleza jurisdiccional.

La Constitución, en el encabezado del apartado A del artículo 123 constitucional, expresamente señala que los derechos de ese apartado rigen para los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y, de manera general, todo contrato de trabajo. La Ley Federal del Trabajo (LFT) se refiere a relación de trabajo; sin embargo, los efectos jurídicos que ambos producen son idénticos. No desconozco la diferencia doctrinal que llevó a la LFT a referirse a relación de trabajo. Para la clasificación es intrascendente la diferencia.

Dichos derechos son precisados en las leyes de trabajo; la principal es la LFT.

Los derechos de los trabajadores que tienen un contrato o una relación de trabajo de naturaleza colectiva son:

- Derecho de sindicación (artículo 123, A, XVI).
- Derecho de huelga y requisitos para su licitud (artículo 123, A, XVII y XVIII), del cual se deriva el derecho a la contratación colectiva, como reconoce la jurisprudencia y la doctrina.

25. Los derechos de los trabajadores que tienen un contrato o una relación de trabajo de naturaleza individual son:

- Jornada máxima de trabajo de ocho horas (artículo 123, A, I).

- Jornada máxima de trabajo nocturno de siete horas (artículo 123, A, II).
- Un día de descanso cuando menos por cada seis de trabajo (artículo 123, A, IV).
- Salarios mínimos generales o profesionales. Los salarios mínimos generales deberán ser suficientes para satisfacer las necesidades normales de un jefe de familia en el orden material, social y cultural, y para proveer a la educación obligatoria de los hijos (artículo 123, VI).
- Para trabajo igual debe corresponder salario igual, sin tener en cuenta sexo ni nacionalidad (artículo 123, VII).
- El salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento (artículo 123, A, VIII).
- Derecho a una participación en las utilidades de las empresas de acuerdo con una serie de reglas (artículo 123, A, IX).
- El salario deberá pagarse sólo en moneda de curso legal (artículo 123, A, X).
- Reglas para el trabajo extraordinario (artículo 123, A, XI).
- Las empresas situadas fuera de las poblaciones están obligadas a establecer escuelas, enfermerías y demás servicios necesarios para la comunidad (artículo 123, A, XII).
- Las empresas estarán obligadas a proporcionar a sus trabajadores, capacitación o adiestramiento para el trabajo (artículo 123, A, XIII).
- Las causas por las que el patrón estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir con el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario (artículo 123, A, XXII).
- Los créditos en favor del trabajador por salario o sueldos devengados en el último año y por indemnizaciones tendrán preferencia sobre cualquiera otros en los casos de concurso o de quiebra (artículo 123, A, XXIII).
- Únicamente el trabajador es responsable de las deudas que hubiese contraído con su patrón, asociados, familiares y dependientes, y no deben exceder de su salario en un mes (artículo 123, A, XXIV).
- El servicio para la colocación de los trabajadores será gratuito y en igualdad de condiciones, tendrán preferencia, en este específico asunto, para quienes representan la única fuente de ingresos en su familia (artículo 123, A, XXV).
- Derechos en todo contrato de trabajo celebrado entre un mexicano y un empresario extranjero (artículo 123, A, XXVI).

- La enumeración de las condiciones nulas, aunque se expresen en los contratos de trabajo, y las que impliquen renuncia de algún derecho consagrado en las leyes (artículo 123, A, XXVII).
- Si un trabajador infringe un reglamento gubernativo o de policía no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.
- El artículo 123 constitucional garantiza derechos a los menores, los cuales mencioné en ese rubro, porque la garantía es para todos en general, y los derechos de la maternidad los coloqué en el rubro de seguridad social por idéntica razón.

Derechos de los trabajadores que tienen un contrato o una relación de trabajo de naturaleza jurisdiccional:

- La resolución de los conflictos de trabajo a través de juntas de conciliación y arbitraje, integradas por igual número de representantes de los obreros y de los patrones, y uno del gobierno (artículo 123, A, XX).<sup>22</sup>

26. Los derechos de los trabajadores de los poderes de la Unión y del Distrito Federal se subdividen, de igual forma que los de los trabajadores del apartado A, en: *i*) de naturaleza colectiva, *ii*) de naturaleza individual, y *iii*) de naturaleza jurisdiccional.

Los derechos de naturaleza colectiva de los trabajadores de esos poderes son:

- Derecho de sindicación (artículo 123, B, X).
- Derecho de huelga cuando se violen de manera general y sistemática los derechos que ese artículo consagra (artículo 123, B, X). Con ese requisito el derecho de huelga de los “burócratas” es casi imposible que pueda ejercerse. Es realmente una cortapisa muy difícil de que ocurra: la violación de manera general y sistemática de esos derechos.

<sup>22</sup> Trueba Urbina, Alberto, *El nuevo artículo 123*, México, Porrúa, 1967, pp. 143-184; Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1993, t. I, pp. 266-390; Buen L., Néstor de, *Derecho del Trabajo*, México, Porrúa, 2000, pp. 575-611; Dávalos, José, *Un nuevo artículo 123 sin apartados*, México, Porrúa, 1998, pp. 25-54; del mismo autor, *Derecho individual del trabajo*, México, Porrúa, 2010, pp. 177-274; del mismo autor, *Tópicos laborales. Derecho individual, colectivo y procesal. Trabajos específicos. Seguridad social. Perspectivas*, México, Porrúa, 2006, pp. 196-279; Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 46-56.

27. Los derechos de naturaleza individual de los trabajadores de esos poderes son:

- Jornada máxima de trabajo diurna y nocturna y horas extraordinarias igual que los trabajadores del apartado A (artículo 123, B, I).
- Descanso semanal igual que los trabajadores del apartado A (artículo 123, B, II).
- Vacaciones que nunca serán menores de veinte días al año (artículo 123, B, III).
- Salarios fijados en los presupuestos, pero no podrán ser disminuidos durante la vigencia de aquéllos y no podrán ser inferiores a los mínimos en el Distrito Federal y en los Estados (artículo 123, B, IV).
- A trabajo igual corresponderá salario igual sin tener en cuenta el sexo (artículo 123, B, V).
- Sólo se podrán hacer retenciones, descuentos, deducciones o embargo al salario en los casos previstos en las leyes (artículo 123, B, VI).
- La designación se hará mediante sistemas que permitan apreciar los conocimientos y aptitudes de los aspirantes (artículo 123, B, VII).
- El Estado organizará escuelas de administración pública (artículo 123, B, VII).
- Derechos de escalafón a fin de que los ascensos se otorguen en función de los conocimientos, aptitudes y antigüedad (artículo 123, B, VIII).
- Sólo podrán ser suspendidos o cesados por causa justificada, en los términos que fije la ley (artículo 123, B, IX).
- En caso de separación injustificada tendrá derecho a optar por la reinstalación en su trabajo o por la indemnización (artículo 123, B, IX).
- En caso de supresión de plazas, tendrá derecho a que se le otorgue otra equivalente a la suprimida o a la indemnización de ley (artículo 123, B, IX).
- Los trabajadores de confianza disfrutarán de las medidas de protección al salario y de los beneficios de la seguridad social (artículo 123, B, XIV).

Derecho de los trabajadores de esos poderes de naturaleza jurisdiccional:

- Justicia laboral especializada a cargo de un Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, integrado según lo prevenido en la ley reglamentaria (artículo 123, B, XII).

28. Derechos de los trabajadores del sector público que se rigen por una relación especial:

De acuerdo con la Constitución, estos trabajos especiales son:

- a) Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico (artículo 3º, VII).
- b) Las relaciones laborales tanto del personal académico como del administrativo en las instituciones señaladas en el inciso anterior se regirán en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación, y los fines de esas instituciones (artículo 3º, VII).
- c) Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente (artículo 5º, párrafo 4).
- d) Los servidores del Instituto Federal Electoral rigen su relación de trabajo de acuerdo con las disposiciones de la ley electoral y del Estatuto que, con base en ella, apruebe el Consejo General de dicho Instituto (artículo 41, V, párrafo 2).
- e) El pleno del Consejo de la Judicatura Federal resuelve sobre la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, decisiones que pueden ser revisadas por la Suprema Corte de Justicia sólo para verificar que hayan sido adoptadas conforme a la ley respectiva (artículos 94, párrafo 2; 97, párrafos 1 y 3, y 100, párrafos 4 y 5).

La ley establecerá las bases para la formación y actualización de funcionarios, así como para el desarrollo de la carrera judicial (artículo 100, párrafo 7).

Los conflictos entre el Poder Judicial de la Federación y sus servidores serán resueltos por el Consejo de la Judicatura Federal (artículo 123, B, XII, párrafo 2).

- f) La SCJN es la responsable de la vigilancia y disciplina de sus funcionarios y trabajadores (artículos 94, párrafo 2, y 97, párrafo 3).

Los conflictos entre la Suprema Corte de Justicia y sus empleados serán resueltos por ésta (artículo 123, B, XII, párrafo 2).

- g) El personal del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TRIFE) regirá sus relaciones de trabajo de acuerdo con las disposiciones aplicables al Poder Judicial de la Federación y a las reglas especiales y excepciones que señale la ley (artículo 99, párrafo 26).

El TRIFE resuelve los conflictos o diferencias laborales entre él y sus servidores, y entre el IFE y sus servidores (artículo 99 constitucional, VI y VII).

- h) Las relaciones de trabajo entre los municipios y sus trabajadores se regirán por las leyes que expidan las legislaturas de los Estados con base en lo dispuesto en el artículo 123 constitucional —sin especificar si es el apartado A o B—, y sus disposiciones reglamentarias (artículo 115, VIII, párrafo 2), por lo cual se discute cuál es el apartado pertinente, cuestión que rebasa los fines de la clasificación.
- i) Las relaciones de trabajo entre los Estados y sus trabajadores siguen los mismos criterios que en el inciso anterior (artículo 116, VI).
- j) Se regirán por sus propias leyes:
  - i) Los militares.
  - ii) Los marinos.
  - iii) El personal del servicio exterior.
  - iv) Los agentes del Ministerio Público.
  - v) Los peritos, y
  - vi) Los miembros de las instituciones policiales (artículo 123, B, XIII, párrafo 1).

En el párrafo 2 se contiene una disposición que quiebra los principios de la estabilidad en el empleo y el respeto a la cosa juzgada: los agentes del ministerio público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de todos los niveles de gobierno podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en esas corporaciones, o removidos por incumplimiento de su responsabilidad en el desempeño de sus funciones.

Esa disposición es entendible en virtud de la naturaleza del trabajo que desempeñan; lo grave consiste en la continuación de la disposición: si la autoridad jurisdiccional resuelve que la separación o remoción fue injustificada, el Estado sólo estará obligado al pago de indemnizaciones y prestaciones, “sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido”.

En la propia Constitución se demuestra una desconfianza fenomenal a los poderes judiciales, especialmente al federal, ya que en última instancia es quien resuelve de manera inapelable.

Las consecuencias de esta disposición son graves: se deja a todo ese personal a la posible arbitrariedad de sus superiores, y se les desmotiva para el buen desarrollo de sus funciones.

29. Los derechos de la seguridad social por pertenecer a un grupo vulnerable, a su vez, se subdividen en los mismos tres apartados que los derechos de los trabajadores.

Los derechos de la seguridad social de quienes tienen un contrato o una relación de trabajo son:

- Derechos de la mujer embarazada (artículo 123, A, V).
- Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten, por lo cual deberán pagar la indemnización correspondiente, según haya traído como consecuencia la muerte o la incapacidad temporal o permanente para trabajar (artículo 123, A, XIV).
- El patrón estará obligado a observar las medidas legales sobre higiene y seguridad en las instalaciones de su establecimiento (artículo 123, A, XV).
- El patrón estará obligado a adoptar las medidas adecuadas para prevenir accidentes y a organizar la empresa y sus instrumentos de manera que resulte la mejor garantía para la salud, la vida de los trabajadores y el producto de las mujeres embarazadas (artículo 123, A, XV).

30. Los derechos de la seguridad social para los trabajadores de los poderes de la Unión y del Distrito Federal son:

- Cubrir los accidentes y enfermedades profesionales, las enfermedades no profesionales y maternidad, la jubilación, la invalidez, vejez y muerte (artículo 123, B, XI, a).
- Conservar el derecho al trabajo por el tiempo que determine la ley en caso de accidente o enfermedad (artículo 123, B, XI, b).
- Derechos de la mujer durante el embarazo, antes y después del parto (artículo 123, B, XI, c).
- Servicios de guardería infantil (artículo 123, B, XI, c).
- Los familiares de los trabajadores tendrán derecho a la asistencia médica y a las medicinas (artículo 123, B, XI, d).
- Establecimientos para vacaciones y para recuperación (artículo 123, B, XI, e).
- Tiendas económicas para los trabajadores y sus familiares (artículo 123, B, XI, e).



31. Los derechos de la seguridad social para los trabajadores del sector público que se rigen por una relación especial son:

- Las autoridades de todos los órdenes de gobierno, con la finalidad de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social (artículo 123, B, XIII, párrafo 3).
- El Estado proporcionará a los miembros en activo del ejército, fuerza aérea y armada, habitaciones baratas, en arrendamiento o venta, pero a través del organismo encargado de su seguridad social (artículo 123, B, XIII, párrafo 4).
- Además de los establecidos en la Constitución, existen otros sistemas de seguridad social como los de Pemex, los de las burocracias en los Estados, con lo que el país tiene un sistema de seguridad social fraccionado que es un verdadero galimatías.<sup>23</sup>

#### VII. INSTRUMENTOS DEL ESTADO PARA HACER EFFECTIVOS LOS DERECHOS SOCIALES: LA RECTORÍA DEL DESARROLLO NACIONAL

32. El tercer gran grupo de los derechos sociales se refiere a los instrumentos que el Estado posee para hacer efectivos los derechos sociales. Es en cierta forma de carácter procedimental, pero de relevancia tal que sin él probablemente los derechos sociales o de la justicia social constituirían programas, buenas intenciones o *lege ferenda*, pero no normas jurídicas. Como ya afirmé, el Estado social y los derechos de la justicia social constituyen una unidad indestructible.

A los artículos que contienen esos instrumentos se les ha denominado también el capítulo económico de la Constitución o la Constitución económica.

Desde 1983, el catedrático Alfonso Noriega se percató de que el propósito de esos instrumentos consistía en “dar efectividad a los derechos sociales consagrados en la Constitución y, con ello, realizar el Estado Social de Derecho de tal manera que podría afirmarse que se trata de la creación de

<sup>23</sup> Kurczyn Villalobos, Patricia, “Seguridad social”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, El Colegio Nacional, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 154, 155 y 162-164.

nuevos derechos sociales, prolongación y perfeccionamiento de los contenidos en nuestra Ley Fundamental”, para lo cual la política económica debe ser dirigida por el Estado, con la sola finalidad de garantizar “la satisfacción óptima de todas las necesidades que exige el bienestar social general”.<sup>24</sup>

Desde luego que el Estado, incluso el más liberal, ha contado con instrumentos que inciden en la economía del país y en la situación social de la población, como la acuñación de la moneda, el cobro de impuestos o la contratación de empréstitos, pero en el Estado social estos instrumentos tienen una finalidad precisa: el bienestar general o bien común que, a su vez, se desglosa en diversos aspectos, y dichos asuntos no dependen de la buena o mala voluntad de un gobernante.

El Estado social implica la intervención en la economía pero dentro de un sistema democrático protector de derechos, y dichos instrumentos se completan con los propios del Estado social; no existen aislados de estos últimos.

Los instrumentos del Estado para hacer efectivos los derechos sociales se subdividen en: *a)* tradicionales, y *b)* propios del Estado social.

33. Los instrumentos tradicionales sólo los enuncio:

- i) La acuñación de moneda y la emisión de billetes (artículo 28, párrafo 8).
- ii) La imposición de impuestos (artículo 73, VII).
- iii) La celebración de empréstitos (artículo 73, VIII).

34. Los instrumentos propios del Estado social, a su vez, se subdividen en: *a)* rectoría del desarrollo nacional, *b)* labores de planeación, y *c)* apoyos e impulsos a los actores económicos.

Los instrumentos de la rectoría del desarrollo nacional son:

- Al Estado corresponde la rectoría del desarrollo nacional para que, mediante el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, los grupos y las clases sociales (artículo 25, párrafo 1).

<sup>24</sup> Noriega, Alfonso, “La reforma a los artículos 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su vinculación con los Derechos Sociales y el Estado Social de Derecho”, en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego (coords.), *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 97 y 133. Véase Kaplan, Marcos, “Planificación y cambio social”, en la misma obra citada en esta nota, pp. 165 y 166; Palacios Alcocer, Mariano, *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano; evolución y perspectivas contemporáneas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 102.

- El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés público en un marco de libertades (artículo 25, párrafo 2).
- Al desarrollo nacional concurren con responsabilidad social: el sector público, el sector social y el sector privado (artículo 25, párrafo 3).
- El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas, y el gobierno federal mantendrá siempre la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan (artículo 25, párrafo 4).
- El sector público participará por sí, o con los sectores social y privado, en organizar las áreas prioritarias de desarrollo (artículo 25, párrafo 5).
- El Estado dictará las medidas necesarias para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura y de las demás actividades económicas en el medio rural (artículo 27, párrafo 3).
- Sobre las áreas prioritarias, el Estado puede otorgar concesiones y permisos, protegiendo la seguridad y la soberanía de la nación, al otorgarlos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia (artículo 28, párrafo 4).
- El Estado contará con organismos y empresas para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo, así como en las actividades prioritarias donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí, o con los sectores social y privado (artículo 28, párrafo 5).
- El Estado cuenta con un banco central, que es un organismo constitucional autónomo, y entre sus funciones primordiales se encuentran: mantener la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado; la acuñación de moneda y la emisión de billetes; la regulación, con la intervención de otras autoridades, de los cambios, así como la intermediación y los servicios financieros (artículo 28, párrafos 6 y 7).
- La restricción y la prohibición de las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando se estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito en beneficio del país (artículo 131, párrafo 2).

Este último instrumento proviene de una reforma de diciembre de 1950, y es una facultad que el Congreso de la Unión puede otorgar al presidente de la República, quien someterá al primero, para su aprobación, el uso que hubiese hecho de esa facultad simultáneamente con la presentación del proyecto de presupuesto de egresos.

35. Como ya asenté, la Constitución mexicana de 1917 configuró por primera vez al Estado social en una Ley Fundamental, y así dio inicio al constitucionalismo político-social. Nuestra Constitución otorgó al Estado los instrumentos y medios para hacer efectivos los derechos de la justicia social que ella reconoce expresamente.

El Estado social no se establece de una vez y para siempre; no es una estructura rígida e inmutable. Al contrario, se altera y perfecciona de acuerdo con nuevas necesidades, nuevos enfoques y nuevas perspectivas con la finalidad de hacer reales y efectivos los principios de dignidad humana, libertad e igualdad de oportunidades. Lo anterior es tan claro que basta con contemplar cómo se han precisado y reconocido nuevos derechos sociales, por ejemplo en los últimos treinta años, en nuestra Constitución.<sup>25</sup> Pues bien, lo mismo aconteció con los instrumentos y medios para hacer efectivos los derechos sociales. La Constitución fue reformada en varias ocasiones con tal finalidad. De especial importancia lo fueron las de 1950 y, en forma sobresaliente, las de 1983 con la introducción de dos nuevos artículos: 25 y 26, y modificaciones profundas a las normas 27 y 28. También es muy importante la modificación de 1993 al último artículo mencionado para otorgarle plena autonomía al banco central.

Los nuevos principios recogidos en los artículos 25, 26, 27 y 28 de la reforma constitucional de 1983 ya se encontraban, aunque a veces en forma indirecta, en diversas leyes, mismas que eran constitucionales porque sus fundamentos podían ser imputados a normas constitucionales; además, en la realidad existía una verdadera rectoría del Estado en materia económica de acuerdo con la concepción constitucional de 1917 y varios de sus preceptos.

La reforma de 1983 precisó todos esos principios, los agrupó, los organizó y los hizo explícitos, pero dicha rectoría del Estado era una realidad desde décadas anteriores a partir de 1917. Dicha reforma perfeccionó “los instrumentos” del Estado social mexicano.

El impulsor de las reformas constitucionales de 1983 señaló con precisión qué se entiende por rectoría económica del Estado, así como las responsabilidades indeclinables del mismo en este aspecto. Al primero lo defi-

<sup>25</sup> Carpizo, Jorge, “México: poder ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, nueva serie, t. XLII, núm. 126, 2009, pp. 1263-1266.

nió como “la facultad de planear, conducir, coordinar y orientar la actividad económica nacional, así como la regulación y fomento de las actividades que demanda el interés general en el marco de libertades que otorga la Constitución”.

En el segundo aspecto, el de las responsabilidades indeclinables, señaló: el cuidado de los equilibrios macroeconómicos indispensables para propiciar el crecimiento sostenido y equilibrado de la economía, la promoción y la orientación del desarrollo, tanto a mediano como a largo plazo; la justa distribución del ingreso, que no se alcanza sólo a través de los mecanismos del mercado; las grandes obras de infraestructura; el arbitraje de los conflictos sociales y el desarrollo sustentable, que incluye el cuidado del medio ambiente y de los recursos naturales, y la responsabilidad de los gobiernos de conducir las relaciones económicas internacionales en beneficio de la nación.<sup>26</sup>

El término rectoría hay que relacionarlo con el verbo regir, que significa dirigir, gobernar, mandar, guiar, llevar o conducir alguna cosa, no necesariamente que los actos los tiene que realizar uno mismo. En la norma constitucional, rectoría equivale a gobierno y conducción; así, “la Constitución no concibe que el Estado deba ser el que lleve a cabo toda la actividad económica en México. Sí el que la rija y la dirija, desde luego, pero no el que la planifique hasta el más mínimo detalle”.<sup>27</sup>

La rectoría del Estado debe ser *integral*; es decir, no es únicamente de carácter económico, sino éste debe ser armonizado con aspectos sociales, culturales y políticos, al mismo tiempo que los beneficios del desarrollo deben alcanzar a los más variados sectores, grupos, regiones y Estados de México, sin privilegios o beneficios indebidos, o sea, con la concepción de igualdad dentro del marco de la justicia social.

La rectoría del Estado implica el respeto de los derechos humanos. Absurdo sería que los instrumentos para su realización los violara o infringiera. Esos instrumentos, de índole procedimental, existen y se regulan para la efectividad de los propios derechos humanos. Desde esta perspectiva, el gobierno tiene límites: el respeto a los derechos humanos y las finalidades que persigue la rectoría del Estado y que se enumeran en el artículo 25 constitucional.

La economía mixta supone la admisión tanto de elementos de la economía centralmente planificada como de la economía de mercado con regu-

<sup>26</sup> Madrid, Miguel de la, “Comentario al artículo 25”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, cit., pp. 510, 511 y 514.

<sup>27</sup> Carpizo, Jorge y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, pp. 169 y 170.

laciones del Estado. La economía mixta supone la armonización y el equilibrio de ambos elementos.<sup>28</sup>

En México se integra, como en diversos países, por los sectores:

- a) Público, que comprende el centralizado, el paraestatal, el de las entidades federativas, el municipal, las áreas estratégicas y las prioritarias.
- b) Privado, que procede de acuerdo con las reglas del mercado, con excepción de los aspectos en que se encuentra regulado o restringido por el interés público a través de normas constitucionales o secundarias.
- c) Social, que abarca organizaciones en las cuales la regla general consiste en que la fuerza de trabajo es directa, y la excepción es que emplea mano de obra contratada. Organizaciones sociales son los ejidos, sindicatos, cooperativas y las empresas que pertenezcan mayoritariamente a los trabajadores.
- d) Otras formas de actividad económica; parece que la Constitución no se quiso referir a artesanos, profesionales ni a trabajadores individuales.

La ley fundamental es precisa en cuanto a que estos sectores están obligados a concurrir al desarrollo económico nacional con *responsabilidad social*. La persona vive y se desenvuelve en sociedad; no es posible que el interés particular o de grupo prevalezca sobre el interés general, el público o el de la sociedad.<sup>29</sup>

El artículo 25 constitucional se refiere a las áreas estratégicas y a las prioritarias de la economía nacional.

Únicamente el sector público federal se encarga de las áreas estratégicas, las que son enumeradas en el artículo 28, párrafo 4, y que no constituyen monopolio: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; electricidad, así como las que expresamente señalen las leyes federales.

Las áreas estratégicas son aquellas que son los pivotes del desarrollo nacional, las que permiten realmente que la rectoría del Estado sea una realidad, son las que están relacionadas con la propia soberanía del Estado y la estrategia real para que sea una nación libre que pueda proporcionar

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 171 y 172.

<sup>29</sup> Carrillo Flores, Antonio, "El concepto de economía mixta", en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa 1983, pp. 81 y 82; Gamas Torruco, José, "La Reforma Económica de la Constitución", en la misma obra citada en esta nota, pp. 5 y 6; Kaplan, Marcos, "Planificación y cambio...", *op. cit.*, p. 169.

satisfactores indispensables a la población y ofrecer igualdad de oportunidades. La Constitución las señala, pero deja al legislador federal la puerta abierta para que las aumente.

Estoy de acuerdo con esta última posibilidad, debido a que un área se puede volver estratégica y no debe motivar una reforma constitucional.

También se ha definido a las áreas estratégicas como aquellas parcelas de la actividad económica que, por su trascendencia, en el desarrollo económico y social de la nación, y por su influencia en la soberanía, se reservan de manera exclusiva como actividades del Estado.<sup>30</sup>

Las áreas estratégicas pueden modificarse de acuerdo con nuevas realidades. La rectoría del Estado implica un esquema flexible. Por ejemplo, correos y telégrafos ocupan un lugar en las comunicaciones de 2011 muy diferente al que ocupaban en 1890, 1917, 1950 o 1970, antes de la época de la red electrónica.

Las funciones de las áreas estratégicas únicamente pueden estar en manos del Estado, no son concesionables ni delegables, aunque sí pueden constituir organismos y empresas para su eficaz manejo; organismos y empresas que son propiedad total y exclusiva del Estado.

Las áreas prioritarias son muy importantes para el desarrollo nacional. La Constitución se refiere a dos de ellas: la comunicación vía satélite y los ferrocarriles, y las que indiquen las leyes federales. En estos casos, el Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y soberanía de la nación, pero en estas áreas sí podrán existir permisos y concesiones a los sectores privado y social, o participar con ellos en dichas áreas, para lo cual también puede establecer organismos y empresas.

Al sector privado se le puede concesionar la prestación de servicios públicos, de explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado si así conviene al interés general o nacional y a las necesidades populares. En este aspecto el interés nacional reviste especial importancia: hay áreas que no deben estar en manos del capital extranjero por la especial importancia que revisten para el desarrollo económico del país. Tal fue la razón de la nacionalización de los ferrocarriles, el petróleo y la industria eléctrica. En el caso de los ferrocarriles, en la realidad, con posterioridad pasó de área estratégica a prioritaria.

36. A través de la rectoría del Estado, a éste se le proporcionan medios de importancia excepcional para dirigir, gobernar, guiar y conducir la economía nacional para lograr las finalidades que el propio artículo 25

<sup>30</sup> Márquez Gómez, Daniel, "Comentario al artículo 28", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, cit., p. 550 y Kaplan, Marcos, "Planificación y cambio...", *op. cit.*, pp. 159-153.

constitucional expresamente señala y a los cuales ya me referí. Esos medios serán regulados en las leyes respectivas, en virtud de que existen diversas formas para su actuación, mismos que cambian de acuerdo con circunstancias, tiempos y lugares, pero siguiendo las finalidades constitucionales respectivas que son precisas.

Entonces, el Estado está obligado mediante la rectoría del Estado y de otros instrumentos como la recaudación fiscal, a contar con los recursos económicos para cumplir los derechos de la justicia social que la Constitución reconoce. No resulta válido que el Estado declare que no cumple con sus obligaciones constitucionales relacionadas con la justicia social porque no cuenta con los recursos económicos para ello. Es su obligación allegarse dichos recursos a través de los instrumentos que la Constitución le otorga.

Asimismo, es obligación del Estado llevar a cabo una política de crecimiento y desarrollo económico, y de política fiscal, que impulse el mercado interno, la mejor distribución de la riqueza, a vigilar que los particulares, obligados a la prestación de servicios públicos o sociales, cumplan con sus responsabilidades, a crear las instituciones para la realización de los derechos sociales que reconoce la Constitución y a estar vigilante del bienestar general de la población, por lo cual no puede dejar que las fuerzas del mercado se comporten en contra de los intereses generales de la población. Recuérdesse que rectoría implica, entre otros aspectos, gobernar, dirigir, regular y conducir.

Expongo un ejemplo que ya conocemos: el artículo 2º constitucional, en el apartado B, I, señala que es obligación del Estado impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas para mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, y en la fracción IX dice que todos los niveles de gobierno establecerán en sus presupuestos de egresos las partidas específicas para cumplir con las obligaciones señaladas en el apartado B de dicho artículo.

Más claro no puede ser: son *obligaciones* del Estado, *obligan*. En consecuencia, el Estado no debe ignorarlas o desatenderse de ellas, expresando que no cuenta con los recursos, o asignándoles a su cumplimiento recursos tan escasos que el cumplimiento resulta parcial, a medias o para que no se diga que eludió su obligación.

#### VIII. INSTRUMENTOS DEL ESTADO PARA HACER EFECTIVOS LOS DERECHOS SOCIALES: LAS LABORES DE PLANEACIÓN Y LOS APOYOS A LOS ACTORES ECONÓMICOS

37. Los instrumentos de las labores de planeación son:



- El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía (artículo 26, A, párrafo 1).
- En la planeación participarán los diversos sectores sociales para recoger las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo (artículo 26, A, párrafo 2).
- Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal (artículo 26, A, párrafo 2).
- La ley facultará al Ejecutivo Federal para que establezca los procedimientos y la participación popular, así como los criterios de la formulación, instrumentación y evaluación del plan y los programas de desarrollo, así como la celebración de convenios con los gobiernos de los Estados y la participación de los particulares.
- Existirá un órgano constitucional autónomo responsable del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, cuyos datos serán considerados oficiales y son de uso obligatorio para los tres niveles de gobierno en los términos que establezca la ley (artículo 26, B, párrafos 1 y 2).

38. La planeación democrática se comenzó a realizar al término de la Segunda Guerra Mundial en Francia como modelo opuesto al soviético.

La planeación democrática implica una intervención deliberada en el proceso socioeconómico y político, fundada en el conocimiento de sus principios y dinámicas, y se caracteriza porque trata de integrarlos y conducirlos en un cierto sentido en el futuro, a través de una estrategia y una política de desarrollo que corresponde al Estado, con la finalidad de alcanzar un proceso de cambio para el crecimiento y el propio desarrollo, con la participación de diversos actores sociales y políticos.<sup>31</sup>

La Ley de Planeación de 1983, en su artículo 3º, dispone que la planeación nacional del desarrollo consiste en:

...la ordenación racional y sistemática de acciones que, en base al ejercicio de las atribuciones del Ejecutivo Federal en materia de regulación y promoción de la actividad económica, social, política, cultural, de protección al ambiente

<sup>31</sup> Véase Carrillo Flores, Antonio, “El concepto de economía mixta”, en Ruiz Massieu, José Francisco y Valadés, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, pp. 81-52; Gamas Torruco, José, “La reforma económica de la Constitución”, en la misma obra citada en esta nota, pp. 5-6; Kaplan, Marcos, “Planificación y cambio...”, *op. cit.*, pp. 149-153.

y aprovechamiento racional de los recursos naturales tiene como propósito la transformación de la realidad del país, de conformidad con las normas, principios y objetivos que la propia Constitución y la Ley establecen.

La planeación para el desarrollo se conoce en México desde la Ley sobre Planeación General de la República de 1930. El Partido Nacional Revolucionario, partido en el poder, propuso el Plan Sexenal 1934-1940 y desde entonces tanto los gobiernos federales como estatales intentaron la elaboración de planes y programas con la finalidad de ordenar sus acciones y acelerar el desarrollo nacional o de sus entidades federativas. La expedición del Plan Global de Desarrollo 1980-1982 intentó marcar el comienzo de un Sistema Nacional de Planeación Democrática.<sup>32</sup>

La planeación será democrática en la perspectiva de la Constitución, en virtud de que habrán de intervenir en su elaboración los diversos sectores sociales, pero es el Ejecutivo Federal, en los términos de la ley, el que establece los procedimientos de participación y consulta popular con tal finalidad.

La planeación persigue que el crecimiento de la economía sea constante, de manera permanente, para tratar de evitar ciclos de crecimiento y recesión que, al final de cuentas, debilitan el propio crecimiento, el cual debe tener bases firmes, estables, que no sea un crecimiento artificial o de burbuja, que no se pueda sostener, y debe ser equitativo para que sea fuerte y constante y colabore a superar conflictos sociales.<sup>33</sup>

La Constitución establece cuatro modalidades del Sistema Nacional de Planeación: una obligatoria y tres optativas.

La obligatoria, la formulación del Plan Nacional de Desarrollo, al que se sujetarán obligatoriamente los planes y programas de la administración pública federal.

Las optativas, *i*) la coordinada, que es la que se establece entre el Ejecutivo Federal y los gobiernos de las entidades federativas mediante convenios; *ii*) la inductiva, que implica el conjunto de acciones del Ejecutivo Federal para impulsar con los particulares las acciones para la elaboración y ejecución de dicho Plan Nacional, y *iii*) la concertada, que consiste en los pactos y acuerdos del Ejecutivo Federal con particulares, individuos u organizaciones, para la realización de acciones en las cuales la voluntad

<sup>32</sup> Madrid, Miguel de la, "Comentario al artículo 26", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, cit., p. 517.

<sup>33</sup> Noriega, Alfonso, "La reforma a los artículos 25 y 26...", *op. cit.*, pp. 128 y 129; Kaplan, Marcos, "Planificación y cambio...", *op. cit.*, pp. 166-172.

y la participación de los particulares es indispensable para alcanzar el fin propuesto.<sup>34</sup>

El último párrafo del artículo 26 constitucional señala que en el sistema de planeación democrática, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley, que es la mencionada en la Ley de Planeación de 1983, ordenamiento que otorga al Congreso de la Unión un papel secundario en la planeación. No obstante, hay que tener presente que el Congreso puede modificar esa Ley, y que la Constitución pone en manos del Congreso federal facultades del mayor relieve en cualquier labor de planeación. Basta revisar las facultades que el Congreso posee en el artículo 73 constitucional en sus fracciones VII, VIII, IX, X, XVII, XVIII, XIX, y XXIX-C, D, E, F, G, L y N. Es decir, sin el Congreso de la Unión, su consenso, participación, colaboración y evaluación resulta casi imposible cualquier intento de planeación democrática. Es obvio que la presencia de dicho Congreso en el proceso de planeación se debe vigorizar en los hechos.

39. Los instrumentos para apoyar e impulsar a los actores económicos son:

- El Estado fomentará la actividad agropecuaria y forestal para el óptimo uso de la tierra, con obras de infraestructura, insumos, créditos, servicios de capacitación y asistencia técnica. Se expedirá una ley para planear y organizar la producción agropecuaria, su industrialización y comercialización, considerándolas de interés público (artículo 27, XX).
- El sector público apoyará e impulsará las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público, y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente (artículo 25, párrafo 6).
- La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios (artículo 26, párrafo 7).
- La ley alentará y protegerá la actividad económica de los particulares para que este sector contribuya al desarrollo económico nacional (artículo 26, párrafo 8).

<sup>34</sup> Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, CNDH-UNAM, 2004, pp. 556-558; Madrid, Miguel de la, “Comentario al artículo 26”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, cit., pp. 519 y 520.

- El otorgamiento de subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales, de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación (artículo 28, párrafo 13).

40. Los subsidios a que se refiere el artículo 28 constitucional son las transferencias que los gobiernos otorgan a los particulares, y han de satisfacer los requisitos constitucionales con la finalidad de no interferir en la legítima libre competencia ni propiciar prácticas monopólicas. El Estado, desde luego, está facultado para constatar que el subsidio sea bien utilizado y a evaluar sus resultados.

En otras palabras, si bien los subsidios pueden ser benéficos para el interés general o el bien común, no deben interferir en las restricciones o prohibiciones a los monopolios o a las prácticas monopólicas que afectan con gravedad a los consumidores.

La prohibición de los monopolios es de trascendencia tal para la economía del país y para la protección de los consumidores que existen diversas e importantes leyes para hacer vigentes las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 28 constitucional. Dichas leyes precisan y desarrollan los preceptos constitucionales en la materia.<sup>35</sup>

## IX. BIBLIOGRAFÍA

- ARMIENTA CALDERÓN, Gonzalo M., “La modernización del derecho agrario mexicano”, en VALDÉS ABASCAL, Rubén y ROMERO APIS, José Elías (coords.), *La modernización del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1994.
- BECERRA, Ricardo y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, “Transparencia: horas decisivas”, en *Periódico Reforma, Enfoque*, México, 13 de abril de 2008.
- y LUJAMBIO, Alonso, “Por qué constitucionalizar”, en LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (coord.), *Democracia, transparencia y Constitución*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- BUEN L., Néstor de, *Derecho del trabajo*, México, Porrúa, 2000.
- CARBONELL, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-CNDH, 2004.
- , “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.

<sup>35</sup> Márquez Gómez, Daniel, “Comentario al artículo 28”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, cit., pp. 556-561.

- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales en situación vulnerable”, 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.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- , “La garantía constitucional de la autonomía universitaria”, en *Legislación y Jurisprudencia*, México, año 9, núm. 9, 1980.
- , “La reforma del Estado en 2007 y 2008”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 19, 2008.
- , “Ley Federal de Educación”, en *Legislación y Jurisprudencia*, México, año 2, núm. 2, 1973.
- , “México: Poder Ejecutivo y derechos humanos, 1975-2005”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, t. XLII, núm. 126, 2009.
- , *Temas constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- y CARBONELL, Miguel, *Derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- CARRILLO FLORES, Antonio, “El concepto de economía mixta”, en RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- CHÁVEZ PADRÓN, Martha, *El derecho agrario en México*, México, Porrúa, 1999.
- CISNEROS FARÍAS, Germán, *El artículo tercero constitucional. Análisis histórico, jurídico y pedagógico*, México, Trillas, 1970.
- , *Comparative Media Law Journal*, México, núm. 7, 2006.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1993, t. I.
- DÁVALOS, José, *Derecho individual de trabajo*, México, Porrúa, 2010.
- , *Tópicos laborales. Derecho individual, colectivo y procesal. Trabajos específicos. Seguridad social. Perspectivas*, México, Porrúa, 2006.
- , *Un nuevo artículo 123 sin apartados*, México, Porrúa, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “200 años de evolución constitucional de los derechos humanos en el derecho mexicano”, en *200 años de derechos humanos en México*, México, CNDH-Archivo General de la Nación, 2010.

- , *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- , “Las garantías constitucionales en el derecho mexicano”, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, Sinaloa, núm. 3, t. II, 1967.
- GAMAS TORRUCO, José, “La reforma económica de la Constitución”, en RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- GÓMEZ GALLARDO, Perla y VILLANUEVA, Ernesto, *Indicadores de transparencia y reforma del artículo 6º constitucional*, México, Trust, 2007.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto *et al.*, “Debate nacional sobre derechos indígenas. Lo que San Andrés propone ¿San Lázaro descompone?””, en GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario” 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.
- , “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, 2000.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, México, Porrúa, 1972.
- INSTITUTO FEDERAL DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, *Transparencia, acceso a la información y datos personales*, México, IFAI, 2003.
- KAPLAN, Marcos, “Planificación y cambio social”, en RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego (coords.), *Nuevo Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- KUMATE, Jesús, *La salud de los mexicanos 1929-2000*, México, El Colegio Nacional, 2010.
- KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, “Seguridad social”, en FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, México, El Colegio Nacional, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Cámara de Diputados, LV Legislatura, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho agrario mexicano*, México, Porrúa, 1991.
- LEVY, Jacob, “Classifying Cultural Rights”, en KYMLICKA, Will y SHAPIRO, Ian (eds.), *Ethnicity and Group Rights*, New York University Press, 1997.

- MADRID, Miguel de la, “Comentario al artículo 25”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- , “Comentario al artículo 26”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- MÁRQUEZ GÓMEZ, Daniel, “Comentario al artículo 28”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio, *Introducción al estudio del derecho agrario*, México, Porrúa, 1966.
- NORIEGA, Alfonso, “La reforma a los artículos 25 y 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su vinculación con los derechos sociales y el Estado social de derecho”, en RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Los derechos sociales creación de la Revolución de 1910 y de la Constitución de 1917*, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1988.
- PALACIOS ALCOCER, Mariano, *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano. Evolución y perspectivas contemporáneas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- Reforma Política I*, México, Gaceta Informativa de la Comisión Federal Electoral, Audiencias públicas, 1977.
- RUIZ MASSIEU, José Francisco, “El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud”, en RUIZ MASSIEU, José Francisco y VALADÉS, Diego (coords.), *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983.
- SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo, *Las transformaciones del derecho del trabajo*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Rafael, *Derecho y educación*, México, Porrúa, 1998.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Derechos Humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000.
- TRUEBA URBINA, Alberto, *El nuevo artículo 123*, México, Porrúa, 1967.
- VALADÉS, Diego, “Comentario al artículo 27”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, México, Porrúa, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

- VALDÉS ABASCAL, Rubén, “La reforma al artículo 27 constitucional”, en VALDÉS ABASCAL, Rubén y ROMERO APIS, José Elías (coords.), *La modernización del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1994.
- VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho, autonomía y educación superior. Derecho de la educación y de la autonomía*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Politécnico Nacional, 2003.





# CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO DE LOS JORNALEROS AGRÍCOLAS MIGRANTES Y SU EXTENSIÓN A SUS HIJOS. A PROPÓSITO DE LA EXPLOTACIÓN LABORAL INFANTIL

Ma. Carmen MACÍAS VÁZQUEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Marco jurídico de las relaciones laborales en el campo.* III. *Condiciones generales de trabajo en el campo.* IV. *Los menores trabajadores que laboran en el campo y su régimen jurídico.* V. *La extensión de las relaciones laborales a los menores y su explotación laboral.* VI. *Los derechos de la niñez.* VII. *Reflexiones finales.* VIII. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Hasta antes de la expedición de la Constitución mexicana de 1917 el trabajo en el campo era regulado bajo las normas del derecho común y en la mayoría de las ocasiones se imponían las reglas heredadas de la Colonia por los hacendados, caciques o terratenientes. La población mexicana de ese entonces, casi en su totalidad, se centraba en el campo y en la explotación de la tierra.

La condición de dependencia que vivían los hombres del campo, carentes de medios de subsistencia y de tierras, respecto de los detentadores de los medios de producción, dueños de grandes extensiones de tierras y de todo lo que estaba a su alrededor, se reducía a una esclavitud. En otras palabras, los originarios campesinos estaban a disposición de los caprichos de los nuevos poseedores de la tierra.

De acuerdo con lo anterior, la situación en que se encontraban los hombres, mujeres y niños dedicados al campo era de explotación sin que existiese una forma de evitarlo más que la voluntad de los hacendados de no tratarlos como animales, a pesar de las encomiendas instituidas para cuidarlos por parte de los Reyes de España. En otros casos, el aprovecharse de la gran cantidad de mano de obra no tenía límites, al punto de secuestrar a grupos

\* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; investigadora del Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM (maricarmenmacias@yahoo.com).

indígenas del norte, como los Yaquis, de Sonora, y trasladarlos a Yucatán, para la producción del henequén, sin importar que estos grupos humanos murieran por las extremas condiciones climatológicas en que laboraban.

El análisis que se presenta, trata precisamente de las condiciones laborales en las que se encuentran los jornaleros agrícolas que son contratados para laborar fuera de su lugar de origen, que a pesar de la distancia histórica siguen teniendo un trato inhumano. Tomando en cuenta que dichos trabajadores agrícolas, por tradición y lazos afectivos, se trasladan con toda su familia. La esposa e hijos de los jornaleros migrantes que no figuran en la contratación formal (o verbal), ya en los plantíos o lugares de trabajo, laboran a la par con los esposos y sus padres con el único fin de complementar el salario familiar.

Si bien, la sola exposición de la forma en que son enganchados, trasladados, sus viviendas, las labores, las jornadas y los salarios, pueden indicarnos la explotación de que son objeto, hay que avocarse a presentar la regulación jurídica laboral y las posibles violaciones, sobre todo, exponer la situación laboral en que se encuentran los menores, hijos de los jornaleros agrícolas y las normas protectoras de la niñez

En el análisis de este tema es de relevancia los trabajos de la Organización Internacional del Trabajo y el Convenio 182 sobre las peores formas de trabajo infantil. Convenio que proporciona los elementos para considerar que el trabajo de los menores del campo, constituye una actividad que puede considerarse de explotación laboral y que pone en peligro la integridad, salud y vida de dichos menores. En ese sentido, se abordará el tema de menores trabajadores y la problemática como la explotación laboral en la que pueden verse al iniciarse a edad temprana, sin experiencia y desconociendo sus derechos, en un mercado de trabajo caracterizado por su tendencia reduccionista de los derechos laborales. En esa perspectiva, igualmente es de especial importancia el Convenio 169 de la OIT, al avocarse a los trabajadores que formen parte de los pueblos indígenas, en otras palabras, a los indígenas que trabajan de manera asalariada.

Se entiende que desde siempre la necesidad de supervivencia ha llevado al hombre a emplearse en diversas y múltiples actividades, lo es también, que la edad no ha sido una limitante para el ser humano en la búsqueda de ese objetivo fundamental. En ese sentido, la historia es el mejor testigo de lo que ha vivido la humanidad por su supervivencia. La condición propia de la edad, menores de dieciocho años de este grupo social, es un tema de preocupación porque la inmadurez de los menores trabajadores puede situarlos en condiciones de desventaja laboral, amén de otras circunstancias que pueden repercutir en su seguridad, salud y vida.

## II. MARCO JURÍDICO DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL CAMPO

La Constitución mexicana expedida por el Constituyente, el 5 de febrero de 1917,<sup>1</sup> en su versión original expresaba en el preámbulo el término de “trabajo en general” y “contrato de trabajo”, al referirse a la regulación que debía regir al trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y a los artesanos.

Asimismo, se señalaba que el trabajo asalariado que se desarrollaba en el campo se regiría, en esta primera etapa, por las reglas establecidas por el referido precepto sobre jornada, salario, salario mínimo, trabajo de menores y mujeres, etcétera. Se resalta sobre el tema que nos ocupa, la prohibición de contratar a menores de edad y las labores nocturnas. En una segunda etapa, es la Ley Federal del Trabajo (en adelante LFT) expedida en 1970, mediante la cual el legislador ordinario adecuaría la legislación laboral para regular ciertos trabajos que denominaría como especiales cuyas características se apartan o modifican de la concepción general del trabajo. En otras palabras, el “trabajo en el campo” previsto por la citada segunda LFT, sería plasmada dentro del capítulo... denominado “trabajos especiales”, refiriéndose a “...diversas actividades que si bien dan nacimiento a relaciones que revisten los caracteres fundamentales de la relación de trabajo, presentan, sin embargo, algunas características particulares que exigen normas adecuadas para su mejor desenvolvimiento”.<sup>2</sup>

La denominación de trabajos especiales regulado por el título sexto de la LFT atiende, por tanto, a la creación de normas especiales para condiciones de trabajo especiales.

Así, la ley de la materia define a los trabajadores del campo, en el artículo 279, como aquellos “que ejecutan los trabajos propios y habituales de la agricultura, de la ganadería y forestal, al servicio de un patrón ...”.<sup>3</sup> Cabe señalar, que la actual Ley del Seguro Social en su artículo 5 A,<sup>4</sup> es mucho

<sup>1</sup> Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, t. XIII, México, Miguel Ángel Porrúa, 1994, p. 940.

<sup>2</sup> Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 7a. ed., México, Porrúa, t. I, 1981, p. 449.

<sup>3</sup> Climent Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, 23a. ed., México, Editorial Esfinge, 2004, p. 253.

<sup>4</sup> Artículo 5 A, fracción XIX. “Trabajador eventual del campo: persona física que es contratada para labores de siembra, deshielo, cosecha, recolección, preparación de productos para su primera enajenación y otras de análoga naturaleza agrícola, ganadera, forestal o mixta, a cielo abierto o en invernadero. Puede ser contratada por uno o más patrones durante un año, por periodos que en ningún caso podrán ser superiores a veintisiete semanas

más precisa al definir a este tipo de trabajadores, su estabilidad y de las diversas actividades que abarca.

Respecto de la duración de la relación de trabajo en las actividades propias del campo, el legislador ha señalado que la relación que dure más de tres meses dará lugar a considerar al trabajador como de planta; lo que permite establecer, que si el vínculo laboral dura menos de ese tiempo, se estará hablando, por consiguiente, de un trabajador eventual, no obstante, no es lo mismo hablar de trabajo eventual que de trabajo temporal.

El propio artículo 35 de la LFT refiere a las formas temporales por las que puede establecerse un vínculo laboral al decir que: “Las relaciones de trabajo pueden ser para obra o tiempo determinado o por tiempo indeterminado. A falta de estipulaciones expresas, la relación será por tiempo indeterminado”. En otras palabras, si la relación de trabajo es “por obra determinada”, “El concepto... es ajeno a la idea de modalidad. En realidad se trata de una idea que expresa la temporalidad del objeto, de manera que al extinguirse éste, cese en sus efectos la relación”.<sup>5</sup> La temporalidad de la relación de trabajo que infiere tanto “por obra o tiempo determinado”, sirve además para constatar la estabilidad relativa a que se encuentran sujetas dichas relaciones laborales. Por lo que establecidas las reglas lo que debe ocupar es que ninguna relación de trabajo se sustraiga de la observancia de la ley dado que es la única manera en que se puede proteger al trabajador.

Con relación a los contratos de arrendamiento y aparcería, que con mucha frecuencia se realizan en el ámbito mexicano, y en virtud de los cuales se contrata a trabajadores para su cumplimiento, el legislador ha establecido la responsabilidad solidaria del propietario del predio con los arrendatarios (si este no dispone de los elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones con sus trabajadores) y aparceros, “...el artículo 281 actual establece la responsabilidad solidaria del propietario del predio con el arrendatario o el aparcerero para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de las relaciones laborales con los trabajadores del campo”.<sup>6</sup>

por cada patrón. En caso de rebasar dicho periodo por patrón será considerado trabajador permanente. Para calcular las semanas laboradas y determinar la forma de cotización se estará a lo previsto en la ley y en el presente reglamento”. Véase *Diario Oficial de la Federación* del 29 de abril de 2005.

<sup>5</sup> Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, t. II, 6a. ed., México, Porrúa, 1986, p. 56.

<sup>6</sup> Climent Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo... cit.*, pp. 253 y 254. Respecto de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Ley Federal de 1931, establecía en el artículo 192 que “El arrendatario o aparcerero que contraten el servicio de peones de campo, serán considerados respecto a ellos como patrón y sus relaciones se regirán por este capítulo. Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales que sufran el peón del arrendatario o el peón del aparcerero, serán pagados por el arrendatario o el aparcerero y por el patrón

En el campo mexicano es muy común que en la mayoría de los casos se entable una relación de trabajo mediante “la palabra” o por un acuerdo tácito de voluntades; no obstante, el que no exista un contrato de trabajo por escrito, no exime al patrón de las obligaciones que le corresponden de acuerdo con la ley laboral; sin embargo, atendiendo a la costumbre y prácticas señaladas, es de aceptación general que los trabajos del campo sean considerados como de apoyo, auxiliares, etcétera, que no ameritan más que una compensación equivalente al otorgamiento de alimentos o alguna paga simbólica por los servicios prestados.

Así, la ley laboral en el campo es sustituida por las costumbres, usos y prácticas; lo que conduce a mantener a los trabajadores de ese sector en un estado de necesidad permanente y en pobreza extrema, condición ideal para ser captados para servir a personajes o grupos de diversa índole en actividades ya lícitas, ya ilícitas.

La falta de observación de la LFT en el campo se entiende también en muchos de los casos por una deficiente labor de los inspectores del trabajo, ya sea porque son pocos o porque no existe la voluntad por las autoridades del trabajo federales ni locales por atender cabalmente esta situación lo que también contribuye en el detrimento de los derechos de estos trabajadores.

### III. CONDICIONES GENERALES DE TRABAJO EN EL CAMPO

Si por condiciones generales de trabajo se entiende a “las normas que fijan los requisitos para la defensa de la salud y la vida de los trabajadores en los establecimientos y lugares de trabajo y las que determinan las prestaciones que deben de percibir los hombres por su trabajo”;<sup>7</sup> es por tanto, a través de la observancia de estas normas mínimas como se logra reivindicar la dignidad del hombre que trabaja, en beneficio también de su familia. La propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) en adelante se referirá con las siglas, ha resaltado la importancia de las condiciones básicas de trabajo, a las cuales ha denominado como “trabajo decente” y sobre lo cual ha fincado parte de sus políticas, programas y objetivos en los últimos años.

Las condiciones generales de trabajo que deben regir para los trabajadores del campo, son de manera general, las especificadas en el artículo

agrícola en proporción a lo que le corresponda según el reparto que se haga de la cosecha, si se tratare del aparcero, y según el importe de la renta en relación con la utilidad probable del arrendatario, si se tratare de arrendamiento”. Véase Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, Ley Federal del Trabajo, Talleres Gráficos de la Nación, 1931, p. 44.

<sup>7</sup> Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano...*, cit., p. 266.

25 de la propia ley; mismas que deberán establecerse por escrito, tal como establece enseguida:

Artículo 25.- El escrito en que consten las condiciones de trabajo deberá contener:

I. Nombre, nacionalidad, edad, sexo, estado civil y domicilio del trabajador y del patrón.

II. Si la relación de trabajo es para obra o tiempo determinado o tiempo indeterminado.

III. El servicio o servicios que deban prestarse, los que se determinarán con la mayor precisión posible;

IV. El lugar o lugares donde deba prestarse el trabajo;

V. La duración de la jornada;

VI. La forma y el monto del salario;

VII. La indicación de que el trabajador será capacitado o adiestrado en los términos de los planes y programas establecidos o que se establezcan en la empresa conforme a lo dispuesto en esta ley; y

VIII. Otras condiciones de trabajo, tales como días de descanso, vacaciones y demás que convengan al trabajador y el patrón.<sup>8</sup>

A las condiciones de trabajo citadas, deberán agregarse las obligaciones consignadas en el artículo 283 de la propia ley, las cuales se refieren a:

- Pagar los salarios en el lugar donde el trabajador labore y en periodos de tiempo que no excedan de una semana.
- Suministrar gratuitamente a los trabajadores habitaciones adecuadas e higiénicas, atendiendo al número de familiares o dependientes económicos, así como un terreno contiguo para la cría de animales de corral.
- Mantener las habitaciones en buen estado y efectuar las reparaciones necesarias.
- Mantener en el lugar de trabajo los medicamentos y material de curación necesarios para los primeros auxilios y adiestrar personal que lo preste.
- Proporcionar a los trabajadores y a sus familiares asistencia médica o trasladarlos al lugar más próximo en el que existan servicios médicos. (En cuanto a este rubro, se complementa por el artículo 504, fracción II, como una obligación especial para el patrón que cuando tenga a su servicio más de cien trabajadores, deberá esta-

<sup>8</sup> Clímént Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo...*, cit., pp. 98 y 99.

blecer una enfermería, dotada con los medicamentos y material de curación necesarios para la atención médica y quirúrgica de urgencia, la cual será atendida por personal competente, bajo la dirección de un médico cirujano, quien en todo momento podrá determinar que en caso de que no se pueda prestar la debida atención médica y quirúrgica, el trabajador será trasladado a la población y hospital en donde pueda atenderse). —Proporcionar gratuitamente medicamentos y material de curación en los casos de enfermedades tropicales, endémicas y propias de la región y pagar el setenta y cinco por ciento de los salarios hasta por noventa días—; y —asimismo, deberá permitir a los trabajadores dentro del predio—:

- 1) Tomar en los depósitos acuíferos, el agua que necesiten para sus usos domésticos y sus animales de corral;
- 2) La caza y la pesca, para usos propios, de conformidad con las disposiciones que determinen las leyes;
- 3) El libre tránsito por los caminos y veredas establecidos, siempre que no sea en perjuicio de los sembrados y cultivos;
- 4) Celebrar en los lugares acostumbrados sus fiestas regionales;
- 5) Fomentar la creación de cooperativas de consumo entre los trabajadores; y
- 6) Fomentar la alfabetización entre los trabajadores y sus familiares.

Ahora bien, por lo que respecta a las condiciones consignadas en el artículo 283, se plantean dos situaciones: la primera, que debido a las diversas actividades que puede estar desarrollando el trabajador, se requiere que éste permanezca lo más cerca posible del lugar de trabajo, incluso dentro del lugar de trabajo, dado que puede requerirse en cualquier tiempo para la vigilancia o el cuidado de plantaciones o animales. Una segunda hipótesis puede referirse al empleo de trabajadores migrantes. En ambos casos, se prevé la posibilidad de que sean acompañados por sus familias, que de paso vale mencionar, también se emplean no importando el sexo ni la edad, con un pago tan bajo que solamente complementa el salario del padre de familia.

A las normas reguladoras de las relaciones laborales de los trabajadores del campo citadas, el legislador complementa el capítulo con la imposición de ciertas obligaciones especiales a los patrones en beneficio de los trabajadores: prohibir la entrada de vendedores de bebidas embriagantes; impedir la entrada a los vendedores o cobrarles alguna cuota; e impedir a los trabajadores que críen animales de corral dentro del predio contiguo a la habitación asignada a cada uno (artículo 284, LFT).



Es importante tener presente que dentro de la reglamentación de los trabajadores del campo es esencial la observancia del artículo 30 de la LFT, que a su vez remite al artículo 28 de la misma ley, al referirse sobre a la prestación de servicios de los trabajadores mexicanos fuera de su residencia habitual a una distancia de cien kilómetros pero dentro de la República. En otras palabras, atendiendo al artículo 28, para el caso de los jornaleros migratorios se aplicará: —Que las condiciones de trabajo deberán hacerse constar por escrito y para que sean válidas se deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 25—. Asimismo que “los gastos de transporte,... traslado hasta el lugar de origen y alimentación del trabajador y su familia en su caso,...serán por cuenta exclusiva del patrón. El trabajador percibirá íntegro el salario que le corresponda, sin que pueda descontarse cantidad alguna por esos conceptos.” “El trabajador tendrá derecho a disfrutar, en el centro de trabajo o en lugar cercano, mediante arrendamiento o cualquier otra forma, de vivienda decorosa e higiénica”.

Ahora bien, dentro de las fracciones del artículo que se trataron, se cree que igualmente se aplica la fracción III, la cual señala que: “El escrito que contenga las condiciones de trabajo será sometido a la aprobación de la Junta de Conciliación y Arbitraje dentro de cuya Jurisdicción se celebre”. Se debe de tomar en cuenta esta fracción, porque no se justifica que deba haber diferencias entre los trabajadores migrantes internos y los que son contratados para laborar en el extranjero, y sobre todo, porque las autoridades jurisdiccionales laborales deben cerciorarse de la protección de los trabajadores y una de las formas de asegurarse de ello es que es indispensable su intervención en la aprobación de las condiciones de trabajo. De igual forma se debería imponer la fianza que deben cubrir los empleadores (en el caso del trabajo en el extranjero) que garantice todas las prestaciones laborales. La aplicación de la seguridad social es imprescindible, porque para el trabajador que se traslada al extranjero es garantizado y para el jornalero migrante nacional queda en promesa, lo que da lugar a un trato desigual.

Es de todos sabido, que tratándose del trabajo migratorio, sobre todo el relativo a jornaleros migrantes nacionales, es el que realizan en la generalidad de los casos los indígenas conjuntamente con su familia; en ese entendido, es de especial relevancia la aplicación jurídica de un instrumento jurídico internacional, que se refiere de forma específica a los pueblos indígenas y sus integrantes que realizan trabajos asalariados. Se trata del Convenio 169 de la OIT, el cual, en la parte III, sobre Contratación y condiciones de empleo, hace hincapié en la adopción en el marco jurídico nacional de medidas especiales que garanticen a los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas, una protección eficaz en tratándose “de contratación y

condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general”.<sup>9</sup> Al respecto, es importante señalar que la ley de la materia dentro de su articulado, prohíbe, entre otros, la discriminación con motivo de raza y condición social (artículo 3o.). No obstante lo dicho, la realidad es que la sociedad hace distinción entre las personas basándose principalmente en sus orígenes y condición social, acentuándose en cuestiones de trabajo y en la prestación de servicios. En ese entendido, existen casos muy conocidos sobre la contratación y condiciones de trabajo a las que son sometidos los jornaleros migrantes que se trasladan al norte de la República mexicana, por lo tanto y a pesar de que existe una ley laboral que en la norma protege a todos los trabajadores, existen trabajos como los del campo en general y la de los jornaleros migrantes nacionales a los que no se les aplica la ley laboral por así convenir a diversos intereses, y por tanto, el gobierno mexicano está incumpliendo con el Convenio Internacional que ratificó, y de lo cual es su responsabilidad tomar diversas medidas para hacer efectiva la ley laboral; ahora bien, en su defecto, tampoco ha adoptado las medidas especiales (que le señala el Convenio, III, 1.), para garantizar la protección y el goce de los derechos labores. En el mismo apartado III, del Convenio que se comentó, se establece que los gobiernos deberán hacer todo lo posible para evitar cualquier discriminación, sobre todo tratándose: de acceso al empleo, incluidos los empleos calificados y las medidas de promoción y de acceso (III, 2. a)); remuneración igual para trabajo de igual valor, (III, 2. b)); asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social, y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda (III, 2. c)).

El Convenio prevé asimismo, que los gobiernos que ratifiquen este instrumento deberán adoptar medidas que tengan como finalidad garantizar la protección de los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas en igualdad de circunstancias que cualquier otro trabajador, al preverse que serán

incluidos los trabajadores estacionales, eventuales y migrantes empleados en la agricultura o en otras actividades, así como los empleados por contratistas de mano de obra, gocen de la protección que confiere la legislación y la práctica nacional a otros trabajadores de estas categorías en los mismos sectores, y sean plenamente informados de sus derechos con arreglo a la legislación y de los recursos de que disponen (III, 3. a)).

<sup>9</sup> Oficina Internacional del Trabajo, *Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*, Oficina Internacional del Trabajo, Organización Internacional del Trabajo, 5a. ed., Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad de Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central, Costa Rica, 2002, p. 31.

La protección de la salud, es otro de los rubros que el Convenio hace hincapié al expresar: “los trabajadores pertenecientes a estos pueblos no estarán sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud, en particular como consecuencia de su exposición a plaguicidas o a otras sustancias tóxicas” (III, 3. b)).

Se incluye asimismo, la prevención de que los trabajadores pertenecientes a los pueblos indígenas no sean contratados de manera forzosa o coercitiva y mucho menos sometidos a servidumbre por deudas contraídas. (III, 3. c)). La igualdad de oportunidades, de trato para hombres y mujeres en el empleo y la protección contra el hostigamiento sexual que contempla el Convenio (III, 3. d)), constituyen sin duda, derechos humanos laborales básicos que permiten allanar el camino para lograr la dignidad y justicia social a estos grupos sociales tan olvidados.

El Convenio en comento, igual resalta la importancia de la inspección del trabajo en las regiones donde sean contratados trabajadores pertenecientes a grupos indígenas, para dar atención especial a las necesidades y sobre todo para lograr el cumplimiento del presente Convenio (III, 4.).

La seguridad social a que tienen derecho estos grupos sociales es otro de los componentes fundamentales del Convenio en comento, empero, que al igual que las reglas de contratación y condiciones de trabajo así como la inspección, son letra muerta en los hechos, de ahí que se hace necesario que el Estado mexicano reconsidere su posición de signatario de este Convenio porque no lo está cumpliendo en perjuicio de miles de trabajadores. Se abona a este planteamiento, las reformas constitucionales aprobadas en junio de 2011 en el que se reconocen y otorgan máxima jerarquía a los derechos humanos y los tratados internacionales, y lo que implica por tanto, para el gobierno mexicano como principal responsable por no hacer efectivo el Convenio 169 de la OIT.

#### IV. LOS MENORES TRABAJADORES QUE LABORAN EN EL CAMPO Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

La vigente Constitución mexicana de 1917<sup>10</sup> establece y reconoce el trabajo de los menores con el fin protegerlos, mediante la imposición de límites de edad, mayores de catorce años, así como de las actividades en las

<sup>10</sup> En la Constitución original el Constituyente estableció que la edad de trabajar era para los mayores de 12 años y menores de 16, posteriormente se modifica aumentando la edad a mayores de 14, véase Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, cit., p. 935. La misma Constitución también prevenía que los menores de 12 años no podrían ser “objeto de contrato” (artículo 123, fracciones II y III). Cfr. Remolina

que no podrán ser contratados. De tal suerte que el artículo 123, apartado “A”, fracciones II y III, prevé respectivamente que “Quedan prohibidas las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años”; asimismo, “Queda prohibida la utilización del trabajo de los menores de catorce años. Los mayores de esta edad y menores de dieciséis tendrán como jornada máxima la de seis horas”.<sup>11</sup>

En ese sentido, las normas laborales constitucionales sobre los menores indican también que no se les podrá contratar en la industria bajo jornadas nocturnas, como en ningún tipo de trabajo que se desarrolle después de las diez de la noche. Ante lo señalado, queda claro que dicha regulación procuró establecer normas mínimas para proteger a los menores trabajadores.

En el mismo rango constitucional, en el Apartado “B”<sup>12</sup>, relativo al trabajo de los que los servidores del Estado, no se prevé el trabajo de menores.

La Ley Federal del Trabajo, norma que regula el precepto 123 constitucional, se avoca a tratar el trabajo de menores a través de un capítulo especial, integrado por los artículos 173 a 180, los cuales desarrollan diferentes conceptos de forma importante, entre los se encuentran: primero, el relativo a la edad mínima para trabajar, señalándose que los mayores de 14 años<sup>13</sup> y menores de 16 podrán ser contratados para desempeñar algún trabajo, pero siempre y cuando cumplan con el requisito de presentar un certificado médico que “acredite su aptitud para el trabajo y someterse a los exámenes médicos que periódicamente ordene la Inspección del trabajo...” (artículo 174).

No se debe olvidar que de acuerdo a la ley, queda prohibida la contratación de menores de 14 años y de los mayores de 14 pero menores de 16 que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo que la autoridad correspondiente exprese que hay compatibilidad entre el estudio y el trabajo (artículo 22). Asimismo, los menores con el rango de edad referida, para poder laborar necesitan autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos,

Roqueñi, Felipe, *El artículo 123*, Ediciones del V Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1974, pp. 182.

<sup>11</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, artículo 123, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 1263.

<sup>12</sup> El texto de la Constitución original no preveía este apartado, no es sino hasta 1960 que el Congreso de la Unión aprueba la reforma constitucional correspondiente. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 05 de diciembre de 1960.

<sup>13</sup> Como ya se señaló la edad para laborar fue elevada de 12 a los 14 años mediante las reformas a la Constitución y a la LFT, con el objeto de adecuar esta normatividad al derecho internacional del trabajo. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 21 de noviembre de 1962.

del sindicato al que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector del Trabajo o de la Autoridad Política (artículo 23).

Otro aspecto, es el consecuente con a la “mayoría de edad para trabajar”, la cual es de 16 años al encontrar diversos artículos en la propia ley laboral que hacen alusión de ello, sobre todo, que a esa edad no se les exige cumplir con el requisito del certificado médico (artículos 23, 173 y 174).

Un aspecto importante, es el que trata sobre las labores en las que no pueden ser contratados los menores de 16 años, es decir, la prohibición a los menores de 16 años de laborar en: expendios de bebidas embriagantes, en labores que afecten su moralidad o sus buenas costumbres, trabajos ambulantes salvo los autorizados por la Inspección del Trabajo, en trabajos subterráneos o submarinos, en labores peligrosas e insalubres, en trabajos superiores a sus fuerzas y los que impidan su desarrollo físico normal, en establecimientos no industriales después de las diez de la noche. En tratándose de los menores de 18 años, no se podrá laborar en trabajos nocturnos industriales. Se debe tener presente que el trabajo a realizar por el menor debe ser compatible con sus fuerzas, lo que equivale a que su seguridad, salud y vida es prioridad a proteger (artículo 175).

Respecto de las condiciones generales de trabajo, los menores trabajadores gozarán de todos los derechos que la ley laboral establece, pero atendiendo que se trata de trabajadores especiales es por ello que se aplican variables tanto en la jornada como en las vacaciones. En ese sentido, la jornada de trabajo a que está sujeto un menor trabajador es de seis horas diarias, las que se dividirán en periodos máximos de tres horas, entre las cuales se les deberá conceder un tiempo de reposo de una hora, por lo menos, de acuerdo con el artículo 177 de la ley de la materia.<sup>14</sup> Para este sector de trabajadores se tiene prohibido laborar horas extraordinarias, así como laborar los días domingo y los de descanso obligatorio. En el caso de que el patrón contravenga lo establecido respecto de las horas extras, se le señala que deberá pagar por las mismas hasta en un 300% (artículo 178), independientemente de las sanciones<sup>15</sup> que la propia ley laboral prevé. De idéntica forma se pagará en los supuestos en los cuales el menor tenga que laborar en los días de descanso semanal o los relativos al descanso obligatorio.

En cuanto a las vacaciones, también se establecen diferencias respecto de la regla general, correspondiendo para los menores trabajadores de 16 años un periodo anual de 18 días laborables de vacaciones pagadas (artículo

<sup>14</sup> Climént Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo... cit.*, pp. 231 y ss.

<sup>15</sup> En caso de que el empleador viole las normas que regulan el trabajo de los menores (y las mujeres), se le impondrá multa equivalente de 3 a 155 veces el salario mínimo general, atendiendo los términos de los artículos 992 y 995, *Ibidem*, pp. 650 y 651.

179), además de abonar una prima de 25% sobre los salarios durante las vacaciones. Se entiende que por la propia condición de fatiga y agotamiento a la que están expuestos los menores trabajadores es preciso que se les brinde un periodo vacacional largo en el que puedan recuperar las fuerzas aplicadas en el desarrollo del trabajo.

Por otra parte, la ley le impone obligaciones al empleador que contrata a menores de 16 años, entre las que se mencionan:

—exigir que le exhiban los certificados médicos que acrediten que se encuentran aptos para desarrollar un trabajo, —llevar un registro especial con los datos personales del menor, la clase de trabajo que desempeña, horario, salario así como las demás condiciones generales de trabajo, —distribuir el trabajo con el objeto de que puedan cumplir con las obligaciones escolares, —proporcionarles capacitación y adiestramiento, —proporcionar a las autoridades del trabajo los informes que le requieran (artículo 180).

Complementa a esta regulación especial de tutela de los menores trabajadores, la institución de la Inspección del Trabajo, la cual tiene como una de sus funciones la de vigilar y proteger a los menores trabajadores, y para ello contribuye el empleador, quien deberá, entre otros, llevar un registro especial de estos trabajadores, la imposición de que los menores se realicen los exámenes médicos periódicos.

Por lo que hace a la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado<sup>16</sup> (LFTSE), reconoce el trabajo de menores al establecerse en el artículo 13 que los menores de edad que tengan más de 16 años tendrán capacidad legal para prestar servicios, percibir el sueldo correspondiente y ejercer las acciones derivadas de la Ley.

Cabe aclarar, que si bien se regula el trabajo de menores en nuestro sistema jurídico laboral para evitar la explotación, reconociendo desde luego, la necesidad de laborar que tienen los menores ya sea para su supervivencia o como obligación personal o de ayuda a la familia, lo es también, que en el fondo, se pretende que dichos sujetos, los mayores de 14 años, no dejen de asistir a la escuela y puedan cursar la educación básica obligatoria, que comprende para el caso, estar finalizando o haber terminado los estudios de primaria, o bien, estar cursando la secundaria, las cuales son obligatorias.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1963.

<sup>17</sup> Recientemente, el 9 de febrero de 2012 se publicaron reformas a la Constitución en los artículos 3o. y 31, fracción I, en las que se considera a la educación media superior como obligatoria y fundamental. Tales reformas llevan a replantear el trabajo de los menores, la edad y la educación.

A nivel internacional<sup>18</sup> la preocupación por proteger a los menores trabajadores tiene en la Organización Internacional del Trabajo, a uno de los mejores ejemplos. De hecho, la aflicción de los trabajadores organizados de Europa en el siglo XIX, ante la explotación de los trabajadores con motivo de la creciente revolución industrial, se centraba de manera especial, además de crear normas internacionales que homologarán las condiciones de trabajo, en la protección de los menores y mujeres trabajadoras. Dentro de las tareas asumidas por la OIT se toma la decisión de abordar el tema de los menores trabajadores a través de Convenios con el fin de establecer límites en la contratación en determinadas actividades. En este orden de ideas, destacan tres apartados: El primero, se avoca a tratar los convenios que establecen la edad mínima para admisión en el empleo y las diversas actividades inherentes; el segundo apartado, se refiere al trabajo nocturno y las prevenciones de contratar a los menores en esos horarios y, el tercer segmento, se refiere al tema del examen médico que deben realizarse los menores para ser admitidos en el trabajo.

En tratándose del primer apartado, acerca de la edad mínima, México ha ratificado los siguientes Convenios: núm. 58<sup>19</sup> (1936), admisión mínima de los niños en el trabajo marítimo; núm. 112<sup>20</sup> (1959), edad mínima para admisión en el trabajo de pesca; núm. 123<sup>21</sup> (1965), edad mínima para admisión en el trabajo subterráneo en las minas. Los Convenios que no han sido ratificados, y que forman parte del marco jurídico internacional son: núm. 5 (1919), sobre el trabajo en la industria; núm. 7 (1921), relativo a la agricultura: núm. 15 (1921), trabajo de pañoleros y fogoneros; núm. 33 (1932), trabajos no industriales; núm. 59 (revisado 1937), respecto al trabajo en la industria, núm. 138 (1973), edad mínima para la admisión en el trabajo.

<sup>18</sup> En el plano internacional existen diversos instrumentos jurídicos que de manera general se avocan al reconocimiento y protección de los derechos humanos en sus múltiples enfoques, en el que se incluyen a los hombres y mujeres trabajadoras, pero que a propósito del tema tratado nos dedicamos a los menores trabajadores. En ese sentido, han tenido un papel fundamental entre otros, el Tratado de Versalles, en 1919; la Declaración de Filadelfia, de 1944; la Carta de las Naciones Unidas, en 1945; la declaración Universal de los derechos del Hombre, de 1948; la Carta de la organización de los Estados Americanos, en 1948; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en 1976; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en 1976.

<sup>19</sup> Ratificado 18 de agosto de 1952, en <http://www.ilo.org/dyn/normalex>, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de diciembre de 1948, en <http://www.dof.gob.mx>.

<sup>20</sup> Ratificado 9 de agosto de 1961, en <http://www.ilo.org/dyn/normalex>, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de octubre de 1961, en <http://www.dof.gob.mx>.

<sup>21</sup> Ratificado el 29 de agosto de 1968, en <http://www.ilo.org/dyn/normalex>, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de enero de 1968, en <http://www.dof.gob.mx>.

Corresponden al segundo apartado, sobre trabajo nocturno de los menores, los Convenios ratificados por México: núm. 90<sup>22</sup> (1948), sobre el trabajo nocturno en la industria; sobre este rubro no han sido ratificados los Convenios: núm. 6 (1919), relacionado al trabajo en la industria: núm. 79 (1946), para trabajos no industriales.

Finalmente, el último apartado, sobre el examen médico de los menores, tienen los Convenios ratificados por México: núm. 16<sup>23</sup> (1921), sobre el examen médico obligatorio de los menores empleados a bordo de los buques; núm. 124<sup>24</sup> (1965), examen médico de los menores para el empleo de los trabajos subterráneos en las minas. Particularmente, este Convenio, hace referencia respecto de la obligatoriedad del examen médico tanto para los menores en general como para los menores de 21 años que se empleen en las minas. Los Convenios que no han sido ratificados son: núm. 77 (1946), para el trabajo en la industria; núm. 78 (1946), respecto de trabajos no industriales.

En suma, el marco jurídico internacional que regula la actividad de los menores trabajadores es bastante amplio y completo, y a pesar de que México ha postergado la ratificación de varios convenios, aunado a que se cuenta con una reglamentación adecuada sobre estos trabajadores, la falla más grande de nuestro sistema jurídico es la falta de aplicación de las normas jurídicas, especialmente las laborales.

## V. LA EXTENSIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES A LOS MENORES TRABAJADORES DEL CAMPO Y SU EXPLOTACIÓN LABORAL

Como es sabido, los jornaleros migrantes al trasladarse de sus lugares de origen hacia las distintas zonas regionales de mayor producción agroindustrial, en su mayoría en la parte norte del país, lo hace llevándose a toda su familia, es decir, la esposa y los hijos. Familiares que le colaborarán en todas las tareas independientemente de la edad que tengan los hijos. Esta situación es la que preocupa y lleva a presentar desde el punto de vista jurídico una problemática en la que se ven involucrados los menores y que desafortunadamente no es un asunto del cual se ocupe ninguna agenda na-

<sup>22</sup> Ratificado el 20 de junio de 1956, en <http://www.ilo.org/dyn/normalex>, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de julio de 1956, en <http://www.dof.gob.mx>.

<sup>23</sup> Ratificado el 9 de marzo 1938, en <http://www.ilo.org/dyn/normalex>, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de 1938, en <http://www.dof.gob.mx>.

<sup>24</sup> Ratificado el 29 de agosto de 1968, en <http://www.ilo.org/dyn/normalex>, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de enero de 1968, en <http://www.dof.gob.mx>.



cional y mucho menos tiene la atención de las autoridades administrativas laborales. El tema se agrava cuando estamos en presencia de miembros de grupos étnicos a los que se les trata como personas de clase inferior, discriminándolos por motivos de raza y de origen, lo cual es violatorio a los derechos humanos.

Si bien, existe un avance teórico y jurídico, nacional e internacional sobre los derechos humanos, queda claro que para algunos sectores sociales está muy lejos su aplicación, así, se ha dicho:

Antes del surgimiento y aceptación mundial del derecho de los derechos humanos, las personas que eran visibles al derecho eran aquellas que tenían los atributos que el derecho reconocía. Los esclavos no eran visibles al derecho — esta diferencia de condición de ser humano se ignoraba. Las mujeres no eran visibles al derecho. Los que no tenían propiedad no eran visibles al derecho. Los extranjeros en muchos sitios no eran sujetos de derecho. Los derechos correspondían a los atributos “visibles” de las personas. El derecho de los derechos humanos modificó lo anterior, pues hizo al derecho inherente a la persona, independientemente de sus atributos. Los derechos humanos por eso son indivisibles, inherentes e independientes.

Parecería, sin embargo, que los jornaleros, así como los indígenas, todavía son invisibles al derecho; todavía son sujetos cuyos atributos no ameritan protección

No ha llegado para toda nuestra población la era del derecho de los derechos humanos, inherentes a todos. No se siente obligado el Estado de hacerlos valer y a salvaguardarlos con todos sus ciudadanos, solamente con algunos cuyos atributos que los ubican en una situación de mayor poder y privilegio... La invisibilidad es a la vez causa y consecuencia de lo anterior; conviene a quienes se benefician de este privilegio.<sup>25</sup>

De acuerdo con lo anterior, la aprobación de diversos ordenamientos jurídicos pone a prueba la actitud de desinterés hacia este sector de muchas autoridades, que hasta ahora han hecho caso omiso de lo peligroso que resulta el campo y su explotación para los menores trabajadores.

Ahora bien, si se atiende a la regulación del trabajo de menores, tanto los preceptos de la Constitución como los de la LFT, tienden en teoría, a proteger a los menores al prescribir edades mínimas, prohibición del trabajo nocturno y la presentación de los certificados médicos para poder ser con-

<sup>25</sup> Schmelkes, Silvia, *Visualizar para crear conciencia. Los jornaleros agrícolas de México a la luz de los derechos humanos*, Foro Invisibilidad y Conciencia: migración interna de niños y niñas jornaleros agrícolas en México, 26 y 27 septiembre, 2002, ciudad de México, en [http://www.uam.mx/cid/pdf/eventos/invisibilidad/Sylvia\\_schmelkes.pdf](http://www.uam.mx/cid/pdf/eventos/invisibilidad/Sylvia_schmelkes.pdf), consultado el 5 de enero de 2012.

tratados. En ese sentido, dado que los menores trabajadores requieren de una mayor protección de la que ya existe en lo general, se reitera, el trabajo de menores se refiere a un conjunto de normas de carácter especial, que los proteja de la explotación, malos tratos o cualquier otros actos que pongan en peligro su integridad, seguridad y vida y consecuentemente violen sus derechos fundamentales.

En este tema, la situación de fondo es el hecho de que de manera general los jornaleros migrantes desde el momento en que son contratados (por enganchadores o por algún miembro de su comunidad), trasladados a los campos de trabajo, la instalación en viviendas (auténticas pocilgas), etcétera; son violados sus derechos laborales, porque no se aplica la ley laboral, a lo que se suma los salarios por debajo del mínimo, horas extraordinarias y la realización del trabajo sin la protección adecuada, entre otros, condiciones que también vive la familia porque en el afán de complementar el salario se involucran en las labores la esposa y los hijos. Entonces, se tiene que el padre contratado extiende su condición de trabajador a los hijos pero sin que exista formalidad alguna. Si bien esto puede dar lugar a diversos debates, aquí lo que interesa para efectos de este trabajo, es el hecho de que los menores, niños de edades muy cortas, se emplean ilegalmente, además, realizan labores a la intemperie, con jornadas extenuantes, sin las protecciones adecuadas, con salarios inferiores al mínimo. Situaciones que son consideradas como explotación laboral.

Son varios los factores que reproducen el estado de cosas acerca de la contratación lícita<sup>26</sup> e ilícita de menores para laborar en el campo, entre otros, que el proceso de globalización y la inherente competencia de las empresas de exportación abarca también al campo, así, "... la agroindustria desarrolla procesos de trabajo flexibles que incluyen mano de obra femenina e infantil y la precarización del trabajo agudiza más sus condiciones de explotación".<sup>27</sup>

En efecto, la economía imperante ha moldeado los procesos productivos a lo cual la producción del campo no escapa, en ese sentido, la modernización del mismo va más allá del autoconsumo hasta especializarse para exportar, lo que implica que las agroindustrias requieran de mucha mano

<sup>26</sup> Cabe aclarar, que aún cuando una contratación se hace en apego a la ley, no obstante, existen condiciones laborales que por sí mismas son consideradas como de explotación y, aún más, tratándose del trabajo de las niñas que al amparo de los ordenamientos internacionales sobre derechos humanos deben ser protegidas de manera especial y tampoco se cumple.

<sup>27</sup> López Limón, Mercedes Gema, *Trabajo infantil en México*, Instituto de Investigaciones Sociales Universidad Autónoma de Baja California, en [www.enlaccsolidario.org](http://www.enlaccsolidario.org), consultado el 09 de diciembre de 2012.

de obra para su éxito, lo que también está garantizado por las personas, jornaleros de comunidades indígenas del sur (Guerrero, Oaxaca, Chiapas, entre otros), que ante la falta de oportunidades en sus lugares de origen se trasladan al norte del país para trabajar en las grandes empresas que los requieren, incluso la mano de obra más solicitada para los tipos de cultivos que exige el mercado internacional es la de los niños y las mujeres, a quienes se les paga mucho menos, en ese sentido, se ha señalado:

La masiva presencia de la mano de obra femenina e infantil así como el aumento de la población indígena en los mercados agrícolas, revela la incorporación de nuevos grupos sociales que constituyen sujetos *ad hoc* para una política laboral que supone la desvalorización del precio de la fuerza de trabajo... los márgenes para la intensificación y uso flexible de la fuerza de trabajo por parte de los empleadores se amplía al disponer de este tipo de trabajadores (mujeres, niños e indígenas), ya que son considerados mano de obra barata, social y culturalmente sometidos a diferentes situaciones de discriminación que se traduce en falta de oportunidades de empleo.<sup>28</sup>

Si el análisis del tema partiera desde el punto de vista económico, el gran auge y desarrollo de las empresas agroindustriales es muy importante porque constituyen fuentes de trabajo, pero si se sopesa desde los derechos laborales, el éxito se transforma en una gran ofensa a la sociedad, porque entre otras muchas cosas, la preferencia por contratar a niños y mujeres no tiene eco en el correspondiente pago de salarios, por el contrario, pero más aún, la salud, seguridad y vida de estos trabajadores no forman parte del itinerario de dichas empresas, actuando en contra de la propia ley, la cual ha reconocido que ciertas labores son perjudiciales para los menores y para protegerlos establece como prohibición: la utilización del trabajo de los menores de 16 años, en actividades peligrosas e insalubres, en aquellos trabajos superiores a sus fuerzas y los que puedan impedir o retardar su desarrollo físico normal, considerando como labores peligrosas o insalubres a "...aquellas que, por la naturaleza del trabajo, por las condiciones físicas, químicas o biológicas del medio en que se prestan o por la composición de la materia prima que se utiliza, son capaces de actuar sobre la vida, el desarrollo y la salud física y mental de los menores"<sup>29</sup> (artículo 176).

<sup>28</sup> Sánchez Saldaña, Kim, *Los niños en la migración familiar de jornaleros agrícolas*, en Del Río, Norma (coord.), *La infancia vulnerable de México en un mundo globalizado*, UAM-UNICEF, México, 2000, p. 5.

<sup>29</sup> Clímént Beltrán, Juan B., *Ley Federal del Trabajo, Comentarios...*, cit., p. 232.

Las actividades desarrolladas por los menores en el campo y las condiciones de trabajo que se aplican tienen como efecto no sólo la explotación sino la sobreexplotación, es decir, se emplean a menores de 14 años, que de entrada es una contratación ilegal. Las actividades en las que participan los menores consisten en las mismas tareas que realiza un trabajador adulto, con la limitante que le permitan sus fuerzas y pericia. Las condiciones en que se desarrollan las labores imponen una vida de precarización llevada al extremo, en tanto que una de las tareas fundamentales del Estado, de la sociedad, y los padres de familia es el proteger a los menores y proporcionarles las condiciones necesarias para un sano desarrollo, a tener una educación, a ser alimentado, proporcionarles servicios de salud, etcétera. Pero en la vida real ocurre todo lo contrario, en otras palabras, los menores tienen jornadas extenuantes de hasta 13 horas, por lo tanto trabajan horas extraordinarias; laboran jornadas nocturnas; tienen muy bajos salarios; no cuentan con vacaciones; asimismo se encuentran en todo momento en riesgo de sufrir accidentes laborales; al envenenamiento por la toxicidad con motivo del empleo de sustancias químicas en la fumigación; se exponen a peligros por los procesos de trabajo; se ubican dentro del alto índice de accidentes de trabajo; sufren de un inadecuado o inexistente sistema de protección de la seguridad social; la educación no constituye una prioridad ni tiene cabida en un sistema que reproduce la dependencia; y en el desarrollo de sus actividades a la intemperie es cosa de todos los días el padecer las condiciones climáticas así como de las mordeduras o picaduras de animales ponzoñosos. Por lo anterior, la incursión de los menores al trabajo del campo es un acto reprochable no sólo porque las labores inherentes al mismo son exponencialmente peligrosas, dañinas y atentan contra la vida, sino porque los menores son grupos vulnerables que requieren de mayor protección, incluso en virtud de lo expuesto podría pensarse que la edad reglamentaria del trabajo de menores debería replantearse en el sentido de elevarla en tratándose de las labores en el campo. Desde luego, lo ideal sería que los menores no trabajaran.

No se puede olvidar que al contratarse a menores trabajadores en edad de trabajar, de acuerdo con la ley, no se podrán pactar condiciones generales de trabajo inferiores a las mínimas<sup>30</sup> prescritas ni renunciar a sus derechos (artículo 33).

<sup>30</sup> Se establece en el artículo 56 de la LFT que “las condiciones generales de trabajo en ningún caso podrán ser inferiores a las fijadas en esta ley, y deberán ser proporcionadas a la importancia de los servicios e iguales para trabajos iguales, sin que puedan establecerse diferencias por motivo de raza, nacionalidad, sexo, edad, credo religioso o doctrina política, salvo las modalidades expresamente consignadas en esta ley”, véase Climént Beltrán, Juan B., *Ley federal del trabajo...*, cit., pp. 152 y 153.

Precisando acerca del término de explotación laboral y atendiendo lo que indica el Diccionario de la Lengua Española,<sup>31</sup> se puede entender que existirá explotación laboral, en aquellos casos en que un empleador se aprovecha en su beneficio de manera abusiva del esfuerzo de los trabajadores con motivo de las condiciones generales subordinadas, poniendo en peligro la vida e integridad física y psicológica y en general de la dignidad de los trabajadores. Pero ¿cómo se puede conceptualizar la explotación de los menores en el campo? Sin duda, se referirá, además de lo dicho, “cuando las condiciones de trabajo dificultan la escolarización, y cuando son abusivas, peligrosas o nocivas para su bienestar y, en definitiva, afectan a su desarrollo físico, mental, social o espiritual”.<sup>32</sup>

El trabajo de los menores en situación de explotación,<sup>33</sup> ha señalado el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), que es aquél que presenta características como las siguientes:

- Trabajo a tiempo completo a edad demasiado temprana.
- Horario laboral prolongado.
- Trabajo que producen inadecuadas tensiones físicas, sociales o psicológicas.
- Trabajo y vida en la calle en malas condiciones.
- Remuneración insuficiente.
- Excesiva responsabilidad.
- Trabajo que obstaculiza la escolarización.
- Trabajo que socavan la dignidad y autoestima, como la esclavitud, el trabajo servil o la explotación sexual.
- Trabajo que perjudica el pleno desarrollo social y psicológico.

Asimismo, la explotación laboral infantil<sup>34</sup> cuenta con modalidades, las cuales pueden reunirse en 7 tipos principales de trabajo:

<sup>31</sup> El término explotación significa: *Explotación*.- Acción y efecto de explotar.

*Explotar*1. (Del latín *exploiter*, sacar provecho [de algo] tr. Extraer de las minas la riqueza que contienen. // 2. Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio. //3. Utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera.

*Explotar*2. Intr. Explosionar (o hacer explosión). // 2.Dicho de una persona: Manifestar violentamente un sentimiento, hasta ese momento reprimido... Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigésima segunda edición, Madrid, 2001, p.1022.

<sup>32</sup> Eizagirre, Marlen, Trabajo infantil, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, <http://dicc.hegoa.efaber.net>, consultado el 09 de diciembre de 2011.

<sup>33</sup> UNICEF, 1997, en [http://www.unicef.org/spanish/about/who/index\\_mission.html](http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_mission.html), consultado el 09 de diciembre de 2011.

<sup>34</sup> <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/es/lister/mostrar/218>, consultado el 09 de diciembre de 2011.

- doméstico;
- servil o forzoso;
- de explotación sexual con fines comerciales;
- industrial y en plantaciones agrícolas;
- en la calle;
- para la familia;
- de las niñas.

La OIT por su parte, comparte la idea de que la pobreza orilla a los menores a emplearse y en muchos casos deviene en la explotación de los mismos, al reconocer “...que el trabajo infantil se debe en gran parte a la pobreza, y que la solución a largo plazo radica en un crecimiento económico sostenido conducente al progreso social, en particular a la mitigación de la pobreza y a la educación universal”,<sup>35</sup> y que mientras se logran estos objetivos, se pronuncia, a través de la adopción de un nuevo instrumento jurídico, el Convenio 182, por la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil. Este Convenio remite obligadamente a tratar acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, en cuanto a la protección irrestricta de los menores.

El artículo 3 del convenio que se comentó señalaba lo que abarca el término de peores formas de trabajo infantil, de la siguiente manera:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes..., y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

Un aspecto muy importante que debe tomarse en cuenta, es la adopción del término de “niño”, que para efectos de este Convenio es fundamental, en otras palabras, “...el término de “niño” designa a toda persona menor

<sup>35</sup> Organización Internacional del Trabajo, Convenio 182, sobre las peores formas de trabajo infantil, adoptado el 17 de junio de 1999, entrado en vigor el 19 de noviembre de 2000, ratificado por México el 30 de junio del mismo año y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 07 de marzo de 2001.

de 18 años” (artículo 2), lo que implica que dicho Convenio Marco, amplía sin reserva la protección de los menores trabajadores hasta los 18 años.

La explotación laboral infantil como se ha podido apreciar, constituye una de los tipos de maltrato infantil<sup>36</sup> y por consiguiente una forma de violencia contra los niños y niñas. En ese sentido, se ha señalado:

La violencia contra los niños y niñas incluye el abuso y el maltrato físico y mental, el abandono o el tratamiento negligente, la explotación y el abuso sexual. La violencia puede ocurrir en el hogar, las escuelas, los orfanatos, los centros residenciales de atención, en las calles, en el lugar de trabajo, en prisiones y establecimientos penitenciarios...<sup>37</sup>

Por su parte, la Organización Mundial de la Salud, ha expresado que:

El maltrato infantil se define como los abusos y la desatención de que son objeto los menores de 18 años, e incluye todos los tipos de maltrato físico o psicológico, abuso sexual, desatención, negligencia y explotación comercial o de otro tipo que causen o puedan causar un daño a la salud, desarrollo o dignidad del niño, o poner en peligro su supervivencia, en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder...<sup>38</sup>

De acuerdo con lo anterior, la violencia ejercida contra los menores tiene efectos de gran alcance ya que “puede afectar la salud física y mental de los niños, perjudican su habilidad para aprender y socializar, y, más adelante, socavar su desarrollo como adultos funcionales y buenos progenitores. En casos más graves, la violencia contra los niños conduce a la muerte”.<sup>39</sup>

## VI. LOS DERECHOS DE LA NIÑEZ

La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>40</sup> es el documento jurídico en el orden internacional más importante que se avoca a proteger a los

<sup>36</sup> Se entiende como “toda acción u omisión que dañe o ponga en peligro la vida, la salud, la integridad física, moral psíquica o intelectual de una persona menor de dieciocho años de edad”, *Diccionario Jurídico Mexicano I-O*, 14a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 2067.

<sup>37</sup> [http://www.unicef.org/spanish/protection/files/La\\_violencia\\_contra.pdf](http://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_violencia_contra.pdf), consultado el 09 de diciembre de 2011.

<sup>38</sup> Organización Mundial de la Salud, Maltrato Infantil, nota descriptiva, núm.150, agosto 2010, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/index.html>, consultado el 24 de septiembre de 2011.

<sup>39</sup> *Idem*.

<sup>40</sup> Adoptada el 20 de noviembre de 1989, entrada en vigor el 2 de septiembre de 1990. Ratificada por México el 21 de septiembre de 1990 y publicada en el *Diario Oficial de la*

menores al reconocer los derechos de la niñez, asimismo se le atribuye categóricamente como la base jurídica de los derechos humanos de estos grupos sociales. A partir de este marco jurídico, se pretende que los países adopten internamente los preceptos y desarrollen leyes que protejan a los menores en concordancia con el ordenamiento base.

Se destaca la importancia de este instrumento jurídico que al igual que la creación de la Ley para la Protección de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes,<sup>41</sup> de aplicación federal en la República mexicana, vendrán, poco a poco, a influir en la construcción de un modelo de marco jurídico integral basado en los derechos humanos,<sup>42</sup> en el cual la materia laboral forme parte y amplíe el manto protector a los menores trabajadores, mientras tanto, se sigue abogando por erradicar el trabajo infantil, la explotación y violencia laboral así como de las peores formas de trabajo infantil. De acuerdo con lo anterior, destacan el artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluso el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”. Lo relevante de

*Federación* el 25 de enero de 1991. Previo a este instrumento internacional se encuentran otras Declaraciones y Convenciones en donde se expresa la preocupación por encontrar los medios de protección de los menores, en ese sentido, se lograron expedir, entre otros documentos: La Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Sociedad de las Naciones en 1924 (primer documento jurídico de carácter internacional que establece los derechos del niño, impone a los adultos obligaciones asistenciales sin que a los niños se les considere como sujetos de derechos); La Declaración sobre los Derechos del Niño de 1959, del 20 de noviembre de 1959 (considera al niño, que por su inmadurez física y mental, es un ser humano necesitado de protección y cuidados especiales, por lo que se le debe dar una protección legal adecuada y plena...); La Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrito del 7-12 de noviembre de 1969, en San José de Costa Rica (artículo 19, sobre los Derechos del Niño, se establece que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, la sociedad y el Estado”), en vigor el 18 de julio de 1978, ratificado por México el 2 de marzo de 1981, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 07 de mayo de 1981.

<sup>41</sup> Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000, en vigor a partir del 30 de mayo de 2000.

<sup>42</sup> Es importante mencionar que a nivel internacional es de particular relevancia la Convención sobre los Derechos del Niño, dado que mediante este instrumento jurídico la comunidad internacional ha tomado conciencia de la situación tan especial que viven dichos sujetos, menores de 18 años que lo integran, pronunciándose en el sentido de que gozan de derechos inherentes al ser humano, para lo cual la minoría de edad no constituye una limitante.



la Convención, sin duda, es lo conducente a los principios<sup>43</sup> que sustentan el conjunto de derechos de los niños, niñas y adolescentes. De estos principios resulta importante para el tema que se viene tratando los relativos a la no-discriminación, el del interés superior de la infancia y el de la supervivencia y el desarrollo.

- a) La no-discriminación. Constituye la base de la protección de los derechos de los niños al señalarse que las disposiciones de la Convención se aplicarán a todos los niños por igual independientemente de su raza, color, sexo, idioma religión, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cualquier otra condición, tanto de él como de sus padres, tutores o familiares (artículo 2).
- b) El interés superior de la infancia. Este principio refiere en sus objetivos la plena satisfacción de los derechos de los niños, es decir, “es un principio garantista que obliga a la autoridad, y su utilización se debe armonizar con una concepción de derechos humanos como facultades que se pueden oponer a ésta contra los abusos de poder” (artículos 3 y 4)<sup>44</sup>.
- c) El principio de supervivencia y el desarrollo, establece en general, que los niños y niñas tienen derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, en otras palabras, “...tienen derecho a que se les provea de todos los bienes y servicios necesarios para su desarrollo integral” (artículos 6 y 7).<sup>45</sup>

La expedición de la Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes representa en el ámbito de los derechos humanos uno de los máximos avances de la legislatura mexicana en el tema de la protección de los niños y adolescentes. En esencia, esta ley tiene la virtud de desarrollar un conjunto de preceptos tomados del marco jurídico de la Convención de los derechos de la niñez. En ese tenor, se cuenta con una ley que se avoca a proteger a los menores en el sentido más amplio. No obstante lo expresado, el camino por hacer efectivos estos derechos es muy largo, sobre todo cuando la realidad supera a la ley.

<sup>43</sup> Los principios que establece la Convención son: 1. El de no discriminación; 2.El interés superior de la infancia; 3.El de la supervivencia y el desarrollo, y 4.El de la participación.

<sup>44</sup> Álvarez de Lara, Rosa María, *El concepto de niñez en la Convención sobre los derechos del niño y en la legislación mexicana*, en Pérez Contreras, María de Montserrat, Macías Vázquez, Ma. Carmen (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011, p. 5.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 6.

Por otra parte, en la labor específica de precisar conceptos, términos y principios de la Convención, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Costa Rica, en la Opinión Consultiva 17/2002, establece que el “interés del niño, entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”.<sup>46</sup>

## VII. REFLEXIONES FINALES

Como bien se ha podido apreciar a lo largo del estudio, el trabajo del campo así como el de los menores trabajadores cuentan con un marco jurídico amplio que regula la situación de subordinación en la que se pueden situar. No obstante lo señalado, es común encontrarse con que el derecho del trabajo no se aplica en ese ámbito, en semejante sentido, se percibe la ausencia de las autoridades laborales encargadas de constatar que se observe la ley, dejando en el desamparo a dichos trabajadores. La situación se agrava cuando se trata de jornaleros agrícolas pertenecientes a grupos indígenas, y es mucho peor si se es mujer y si se es menor de edad, estos últimos suelen ser mayormente explotados.

En cuanto a lo señalado, se debe insistir en la imperiosa necesidad de la observancia de la ley laboral porque sólo de esa manera se podrá dignificar a los hombres que laboran en el campo en el camino de encontrar una verdadera justicia social, que al mismo tiempo les permita alcanzar un desarrollo en las mismas condiciones que pueda tener cualquier otro trabajador.

Es importante expresar, que el hecho de que se reconozca y regule el trabajo de los menores va en correlación a la condición de que los menores deberán continuar con su educación y desarrollo integral, por lo que los horarios deberán ser compatibles con sus obligaciones educativas. Además, en teoría se supone, que con esta regulación específica se puede cuidar a este sector laboral y protegerlo de la explotación. En ese tenor, las actividades a desarrollar deberán ser compatibles con las fuerzas del menor y que no impliquen situaciones de peligro por sí mismas, por lo tanto, no deben estar expuestos a elementos físicos, químicos y de cualquier otra índole que

<sup>46</sup> Carbonell, Miguel, comp., *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación*, v. 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2006, p. 17. Véase González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 29.

puedan dañar su vida e integridad y salud psico-emocional. Los descansos y vacaciones son imprescindibles para la recuperación de las fuerzas. En general, el menor deberá gozar de todos los derechos laborales que la ley de la materia contempla para los trabajadores.

La fructífera labor de crear normas jurídicas tanto internacionales como nacionales sobre derechos humanos permiten ensanchar el ámbito aplicación, en ese sentido, se dirigen a proteger de manera especial a los menores. En tal virtud, se ha dado el reconocimiento jurídico de los menores como sujetos de derecho y a quienes se les atribuyen las prerrogativas inherentes a los derechos humanos, de lo cual se espera se extiendan a los menores que se dedican a actividades laborales.

A pesar de que los jornaleros agrícolas contribuyen en el gran éxito de las empresas agroindustriales exportadoras de la zona norte del país, sobre todo, aquellos que son integrantes de grupos étnicos, que no hablan español y que su miseria los coloca en un estado de necesidad permanente, se les asignan salarios mínimos e incluso por debajo de lo que estipula la ley.

Así, las condiciones de trabajo que padecen los jornaleros padres, las sufren igualmente y de manera extensiva sus hijos, de todas las edades, condiciones que atentan contra su dignidad. En ese tenor, los menores se exponen a todos los peligros sin que las autoridades laborales encargadas de protegerlos actúen para combatir la no observancia de la ley y la explotación laboral de este sector laboral.

La explotación de los menores trabajadores del campo y de los niños en general, constituye uno de los mayores agravios que afectan a toda sociedad, la cual no logrado organizarse para hacerle frente a esta situación. Empero la situación laboral tan lamentable que se expone, puede ser sólo una parte de una enorme problemática, esto es, al mismo tiempo en que sucede lo laboral, se puede estar gestando hacia estos grupos vulnerables: violaciones, prostitución, tráfico de personas, venta y/o alquiler de menores, tráfico de drogas, drogadicción, esclavitud, servidumbre, enfermedades diversas, etcétera, sin que se pueda precisar al respecto por no existir denuncias concretas.

Así como se ha señalado la condición de explotación de los trabajadores del campo, así mismo es importante hacer el reconocimiento de aquellos patrones (uno en Sonora y otro en Baja California) quienes en contra de los usos y perversiones, le han apostado por cumplir la ley, dando un trato digno a los jornaleros, a los que les proporcionan guarderías y escuelas a sus hijos, diversos servicios, viviendas dignas, servicios de salud gratuitos, salarios legales, no contratan a menores de edad, etcétera; lo que ha redundado en mayor productividad y mejores dividendos.

La problemática presentada es muy compleja, no obstante, nos parece que la situación puede cambiar si se insiste a través de diversos frentes en exponer lo perjudicial que resultan las contrataciones y condiciones laborales precarias para este sector laboral. Desde la perspectiva jurídica, los diversos ordenamientos jurídicos últimamente aprobados sobre la base de los derechos humanos (incluyendo los Convenios 169 y 182 de la OIT), constituyen una de las claves que se deben de analizar para exigirle a los gobiernos federales, locales y municipales las responsabilidades debidas en las que han incurrido por la simple actitud de omisión ante la explotación de los jornaleros agrícolas, incluyendo a los menores y las mujeres, condenándolos a reproducir por generaciones el estado de cosas que no les ha permitido tener una vida digna.

#### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María, *El concepto de niñez en la Convención sobre los derechos del niño y en la legislación mexicana*, en PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat y MACÍAS VÁZQUEZ, Ma. Carmen (coords.), *Marco teórico conceptual sobre menores versus niñas, niños y adolescentes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2011.
- BUEN, Néstor de, *Derecho del trabajo*, t. II, 6a. ed., México, Porrúa, 1986.
- CARBONELL, Miguel, comp., *Instrumentos jurídicos internacionales en materia de no discriminación*, v. 2, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, México, 2006.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del pueblo mexicano, México a través de sus constituciones*, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, t. XIII, Miguel Ángel Porrúa, México, 1994, p. 935.
- CUEVA, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, t. I, 7a. ed., México, Porrúa, 1981.
- CLIMÉNT BELTRÁN, Juan B., *Ley Federal del Trabajo. Comentarios y jurisprudencia*, 23a. ed., México, Editorial Esfinge, 2004.
- EIZAGIRRE, Marlen, *Trabajo infantil*, Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo, en <http://dicc.hegoa.efaber.net>, consultado el 09 de septiembre de 2011.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

LÓPEZ LIMÓN, Mercedes Gema, *Trabajo infantil en México*, Instituto de Investigaciones Sociales Universidad Autónoma de Baja California, en *www.enlacedsolidario.org*, consultado el 05 de enero de 2012.

OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Convenio 169 de la OIT, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes*, Oficina Internacional del Trabajo, 5a. ed., *Proyecto Fortalecimiento de la Capacidad de Defensa Legal de los Pueblos Indígenas en América Central*, San José Costa Rica, 2002.

REMOLINA ROQUEÑI, Felipe, *El artículo 123*, Ediciones del V Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, México, 1974.

SÁNCHEZ SALDAÑA, Kim, *Los niños en la migración familiar de jornaleros agrícolas*, en DEL RÍO, Norma (coord.), *La infancia vulnerable en México en un mundo globalizado*, UAM-UNICEF, México, 2000.

SCHMELKES, Silvia, *Visualizar para crear conciencia. Los jornaleros agrícolas de México a la luz de los derechos humanos*, Foro Invisibilidad y Conciencia: migración interna de niños y niñas jornaleros agrícolas en México, 26 y 27 septiembre, 2002, ciudad de México. Véase [http://www.uam.mx/cid/pdf/eventos/invisibilidad/Sylvia\\_schmelkes.pdf](http://www.uam.mx/cid/pdf/eventos/invisibilidad/Sylvia_schmelkes.pdf), consultado el 05 de enero de 2012.

UNICEF, 1997, en [http://www.unicef.org/spanish/about/who/index\\_mission.html](http://www.unicef.org/spanish/about/who/index_mission.html), consultado el 09 de diciembre de 2011.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Maltrato Infantil*, nota descriptiva, núm. 150, agosto de 2010, en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs150/es/index.html>, consultado el 24 de septiembre de 2011.

#### *Otros documentos y fuentes*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, artículo 123, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

Diccionario Jurídico Mexicano I-O, 14a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 2067.

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, vigésima segunda edición, Madrid, 2001.

Secretaría de Industria, Comercio y Trabajo, *Ley Federal del Trabajo*, Talleres Gráficos de la Nación, 193, p. 44.

*Diario Oficial de la Federación* del 23 de abril de 1938.

*Diario Oficial de la Federación* del 03 de diciembre de 1948.

*Diario Oficial de la Federación* del 19 de julio de 1956.

*Diario Oficial de la Federación* del 05 de diciembre de 1960.

*Diario Oficial de la Federación* del 25 de octubre de 1961.

*Diario Oficial de la Federación* del 21 de noviembre de 1962.

*Diario Oficial de la Federación* del 28 de diciembre de 1963.

*Diario Oficial de la Federación* del 18 de enero de 1968.

*Diario Oficial de la Federación* del 20 de enero de 1968.

*Diario Oficial de la Federación* del 07 de mayo de 1981.

*Diario Oficial de la Federación* del 25 de enero de 1991.

*Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000.

*Diario Oficial de la Federación* del 07 de marzo de 2001.

*Diario Oficial de la Federación* del 29 de abril de 2005.

*Diario Oficial de la Federación* del 09 de febrero de 2012.

<http://www.dof.gob.mx>

<http://www.ilo.org/dyn/normalex>

<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/es/lister/mostrar/218>, consultado el 09 de diciembre de 2011.

[http://www.unicef.org/spanish/protection/files/La\\_violencia\\_contra.pdf](http://www.unicef.org/spanish/protection/files/La_violencia_contra.pdf), consultado el 09 de diciembre de 2011.



## EL DESARROLLO RURAL Y LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ERA DE LA GLOBALIZACIÓN

Miguel Ángel SÁMANO RENTERÍA\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El desarrollo de los pueblos indígenas: políticas públicas y legislación*. III. *El derecho al desarrollo es un derecho humano fundamental para los pueblos indígenas*. IV. *El camino hacia el etnodesarrollo: autonomía y el derecho a la libre determinación*. V. *Etnodesarrollo, desarrollo regional, desarrollo rural y desarrollo comunitario*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

### I. INTRODUCCIÓN

Recientemente se ha venido discutiendo sobre el desarrollo rural en regiones marginadas, donde se habla del desarrollo local y comunitario como una alternativa ante la globalización. Sin embargo, las políticas públicas de *desarrollo rural* en México no corresponden a este enfoque, sino más bien se trata de un desarrollo que apuesta a los sectores productivos de agroexportación y de grandes megaproyectos de desarrollo donde se contempla a los pueblos indígenas de manera tangencial.

En este artículo nos interesa destacar el papel de los pueblos indígenas como actores de su propio desarrollo, pero hacemos énfasis en que es necesario cambiar el enfoque de desarrollo, ya que actualmente se entiende como el promover obras de infraestructura básica que “benefician” a los grupos marginados entre ellos los pueblos indígenas, pero se han olvidado de impulsar políticas que les permitan a los pueblos indígenas subsistir a partir de su propia producción agropecuaria y forestal y otras actividades que se han venido diversificando en las comunidades indígenas como son otras actividades productivas.

\* Profesor-Investigador del Departamento de Sociología Rural y de la Maestría en Desarrollo Rural Regional, coordinador del PISRADES-CHISMER de la Universidad Autónoma Chapingo, México, [misamano@hotmail.com](mailto:misamano@hotmail.com).



La globalización no ha beneficiado a la mayor parte de la población sino que ha orillado a los más pobres a buscar alternativas de sobrevivencia, es por eso que observamos un mayor crecimiento de la migración de las zonas rurales hacia los centros urbanos e industriales del país y hacia los Estados Unidos, y mientras no haya un cambio en la política pública que reoriente el impulso de la producción agropecuaria, aun en las zonas marginadas, será difícil enfrentar los retos de la globalización, ya que la seguridad y soberanía alimentaria en un país deben jugar un papel preponderante, sobre todo para los pueblos indígenas, que aún mantienen una relación importante con el medio rural en su conjunto.

## II. EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS: POLÍTICAS PÚBLICAS Y LEGISLACIÓN

Desde que se impuso el indigenismo como política de Estado para la atención a los problemas étnicos, se trato de promover el desarrollo de los pueblos indígenas desde una visión de sacarlos del atraso e incorporarlos a la modernidad; sin embargo, las políticas públicas implementadas hasta ahora no han logrado reducir los grandes abismos de desigualdad entre pueblos indígenas y el resto de la población mestiza mexicana, que es la mayor parte de la población nacional.

Aunque aparentemente desapareció de la escena política el viejo indigenismo, hoy se emplea un indigenismo neoliberal disfrazado de política de desarrollo, supuestamente para alcanzar la igualdad y la equidad en una sociedad que se extrapola cada vez más, debido a las políticas neoliberales implementadas desde hace 30 años. Las perspectivas de desarrollo para los pueblos indígenas no son alagüeñas, sino por el contrario enfrentan una serie de obstáculos estructurales, que será difícil remontarlos en el corto plazo.

Desde nuestro punto de vista, consideramos que la política de Estado para afrontar el problema del rezago del desarrollo humano dentro de la población indígena, se debería de crear una Secretaría de Estado para atender esta problemática, con un presupuesto suficiente y no sólo para crear infraestructura básica, sino apoyar a los proyectos productivos que les pudieran dar una viabilidad de subsistencia a los pueblos indígenas garantizando su reproducción a través de la producción agropecuaria suficiente para asegurar la propia alimentación.

En los últimos años se han generado una serie de instrumentos jurídicos que contemplan en parte el impulso del desarrollo de los pueblos indígenas, por lo menos en el discurso oficial. Es el caso de las leyes sustantivas como son la Ley de Desarrollo Rural Sustentable y la Ley de Desarrollo Social

contempla a la población indígena, la primera en las zonas rurales y la segunda en las zonas urbanas. En el caso de la primera contempla que el Ejecutivo promoverá junto con los gobiernos estatales y municipales, el desarrollo de los pueblos indígenas a través del Programa Especial Concurrente (PEC) para el fomento productivo agropecuario. Al respecto Francisco López Bárcenas y Guadalupe Espinoza apuntan, de igual manera,

para la atención de grupos vulnerables vinculados al sector rural, específicamente etnias, jóvenes, mujeres, jornaleros, adultos mayores y discapacitados, con o sin tierra, se formularán e instrumentarán programas enfocados a su propia problemática y posibilidades de superación, conjuntando los instrumentos de impulso a la productividad con los carácter asistencial y con la provisión de la infraestructura básica, así como un programa de empleo temporal que atiendan la estacionalidad de los ingresos de las familias campesinas, en los términos del Programa Especial Concurrente.<sup>1</sup>

Básicamente desde el Estado se contempla a los pueblos indígenas como grupos “vulnerables” y no como sujetos de desarrollo con capacidades y recursos propios. Es una visión asistencialista de combate a la pobreza que impide a los funcionarios ver a estos grupos sociales como productivos sino como entes marginados que necesitan la asistencia social para evitar el empeoramiento de la pobreza, sus condiciones de vida y de subsistencia. Hay otras leyes que contemplan los recursos naturales de los pueblos indígenas susceptibles de ser explotados o protegidos, tal es el caso de la Ley de Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente y la Ley General de Vida Silvestre, en donde se observa a los pueblos indígenas como usufructuarios de estos recursos y no como dueños y poseedores de los mismos. El gobierno federal se limita como señalan Bárcenas y Espinoza: De igual manera “el gobierno federal, prestará asesoría técnica y legal para que los interesados formulen sus proyectos y tengan acceso a los apoyos gubernamentales”.<sup>2</sup>

Desde nuestro punto de vista esta es una visión muy corta del desarrollo que tiene el Estado mexicano para con los pueblos indígenas, no hay compromiso real para promover el desarrollo, sino que se deja a merced de las políticas públicas asistencialistas o proteccionistas ambientales, sin tener preocupación por los aspectos productivos de los pueblos indígenas.

La creación de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) se derivó de las reformas al artículo 2o. constitucional que

<sup>1</sup> López Bárcenas, Francisco y Espinoza Saucedo, Guadalupe, *Los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo rural*, México, CEDRSSA, 2007, colección Legislación y Desarrollo Rural, p. 111.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 112.

contempla que la creación de instancias federales, estatales y municipales para la atención a la población indígena y promover el desarrollo integral de los mismos, según el apartado “B” de este artículo constitucional. Pero el propósito de alcanzar un desarrollo integral queda en entre dicho, ya que se ha manejado como un discurso político y no se ha logrado impulsar una política real de desarrollo integral.<sup>3</sup>

Podemos retomar la conclusión a la que llegan López Bárcenas y Espinoza, después de analizar una serie de disposiciones legislativas que contemplan el desarrollo de los pueblos indígenas, sobre todo en la Constitución federal y la legislación instrumental y sustantiva cuando dicen:

Por todo lo anterior, se puede concluir que, igual que la reforma constitucional, la legislación federal que regula no trasciende su carácter integracionista, desconociendo los derechos colectivos de los pueblos indígenas. Si a esto se une el hecho de que las instituciones gubernamentales encargadas de ejecutarlas no se reformaron y no existen mecanismos para reclamar los derechos regulados, se entenderá que se trata de derechos inerjécitables.<sup>4</sup>

Lo anterior tiene que ver con el reconocimiento parcial de la autonomía indígena que se limita a declararla en el discurso para no aceptarla en la práctica, sobre todo en lo que se refiere a la autodeterminación, porque no se reconocen el derecho al territorio y a la explotación de sus recursos de los pueblos indígenas como un elemento central de la autonomía, simplemente porque el Estado mexicano se niega a reconocer plenamente los derechos de los pueblos indígenas a ejercer su propio desarrollo.

El reconocimiento de los derechos indígenas se dio de manera parcial y acotada a la legislación de los estados en materia del reconocimiento de la autonomía indígena. Aun en los estados federados que han reconocido a los pueblos indígenas como sujetos de derecho, como en el estado de San Luis Potosí, esto no ha significado una política de una nueva relación entre gobernados y gobernantes, siguen los mismos problemas indígenas existiendo, sobre todo en lo que se refiere al desarrollo de los pueblos y de la población indígena, aunque en la fracción II en el inciso “A” del artículo 9o. constitucional se señala: “Impulso al desarrollo regional”, en base a lo que señal el apartado “B” del artículo 2o. constitucional, además en el inciso “g” se dice: “Impulso a las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas”. Sin embargo, del dicho al hecho hay un buen trecho, pues en realidad se ha avanzado muy poco al respecto.

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 98, 99.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 15.

### III. EL DERECHO AL DESARROLLO ES UN DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Asamblea General de la ONU emitió el 4 de diciembre de 1986 la Declaración del Derecho al Desarrollo, que en su artículo 1o. dice:

1. El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los Derechos Humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo a disfrutar de él. 2. El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción, a las disposiciones pertinentes de ambos pactos internacionales de derechos humanos, el ejercicio inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales.<sup>5</sup>

Posteriormente, el 20 de junio de 1997, las Naciones Unidas aprobaron el Programa de Desarrollo. Refiere este documento que el desarrollo constituye una de las principales prioridades de la Organización, y que el desarrollo está y debe estar centrado en el ser humano. El desarrollo económico, el desarrollo social y la protección del medio ambiente son componentes interdependientes, que se refuerzan mutuamente.<sup>6</sup>

Partiendo de esta premisa que los pueblos tienen derecho al desarrollo y que se debe considerar un derecho humano fundamental entonces porque los Estados nacionales no implementan políticas que vayan en este sentido. En 1993 la propia ONU anunció la década para el desarrollo de los pueblos indígenas, que concluyó en el 2004, con avances poco significativos, según evaluaciones hechas por organismos no gubernamentales y el Programa Universitario México Nación Multicultural, coordinado por el etnólogo José del Val. Los rezagos de los pueblos indígenas en México en materia de *desarrollo humano* siguen mostrando un atraso considerable con respecto al resto de la población mestiza. Los bajos índices de desarrollo educativo de salud y de vivienda digna son evidentes (véase índice de Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas, CDI, 2005).

Estamos de acuerdo con José del Val cuando señala que el desarrollo indígena no se debe constreñir a la asistencia social, y por el contrario se deben potenciar las capacidades y recursos existentes en las regiones indí-

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>6</sup> Cfr. Durand Alcántara, Carlos Humberto, “*El derecho al desarrollo regional, una visión multicultural*”, en Durand Alcántara, Carlos Humberto (coord.), *El derecho al desarrollo social, una visión desde el multiculturalismo, el caso de los pueblos indígenas*, México, Porrúa, 2008, pp. 16 y 17.

genas.<sup>7</sup> Si bien el desarrollo indígena, como lo observamos en el apartado anterior, se inscribe necesariamente dentro del desarrollo social hemos visto como programas como “Oportunidades” en lugar de alentar la producción la desalienta y se crea una dependencia de los subsidios gubernamentales para subsistir.

La propuesta que hace Carlos Durand sobre el desarrollo, desde una perspectiva compleja, como un fenómeno múltiple y diverso culturalmente, lo lleva a plantear el desarrollo regional indígena como interdisciplinario o multicultural.<sup>8</sup> Estamos de acuerdo en que el desarrollo social en la época del neoliberalismo se ha visto afectado al perder terreno frente a una ola de desmantelamiento de las conquistas logradas por trabajadores y campesinos en todos los países del orbe y esto ha llevado a la agudización de la pobreza, el desempleo y una deficiente alimentación a nivel mundial, en donde los pueblos indígenas han sufrido también la pérdida de terreno del derecho social en su conjunto.<sup>9</sup>

La comprensión multicultural de los *derechos humanos* que propone Durand dice que se tiene que tomar en cuenta cada una de las culturas y apunta lo siguiente:

Contraria a la idea que mantienen algunos centros de poder hegemónico, la realización de los derechos humanos guarda en su sentido multicultural su contraparte de realización socioeconómica, la del desarrollo regional de los pueblos, esta será también una de las grandes tareas en este nuevo siglo y en ello estamos esperanzados en brindar nuestro mejor esfuerzo.<sup>10</sup>

Si bien es cierto que el desarrollo regional abarca al desarrollo rural, la verdad es que el segundo se ve cada vez más difícil de realizar, debido a la pérdida de la importancia estratégica del sector primario en las economías en desarrollo, debido a la subordinación de unos países con respecto a los desarrollados y que controlan el mercado de los alimentos. Hoy se debate sobre nuevos enfoques del desarrollo como el territorial o local y se ha dejado de lado el desarrollo regional y rural, aunque ha habido aportes interdisciplinarios en las nuevas interpretaciones del desarrollo regional, resultan significativas las aportaciones de la etnología, antropología, la hermenéutica, la sociología y la economía, entre otras.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> Cfr. Del Val, José, *Identidad y nación*, México, UNAM, 2004, p. 198.

<sup>8</sup> Cfr. Durand Alcántara, Carlos Humberto, *El derecho al desarrollo regional, una visión multicultural*, cit., p. 5.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 38.

La *nueva ruralidad* es un concepto que ha tratado de dar una visión de los cambios que están sufriendo los regiones rurales. Se insiste en tener un enfoque de desarrollo territorial, donde se contemple a los actores, agentes y sujetos del desarrollo, entre ellos los pueblos indígenas. Pero si vamos a hablar de territorios y de pueblos indígenas es necesario tomar en cuenta su visión que tienen sobre el territorio, al respecto Durand apunta: “La caracterización del vínculo de los pueblos indígenas con sus territorios es un fenómeno complejo en virtud de la diversidad cultural existente y del tipo de relaciones sociales que atañe a cada una de estas sociedades”.<sup>12</sup>

El mismo Carlos Durand aclara que hay 4 dimensiones o planos de la identidad etnia-territorio y son los siguientes: a) *El de la cosmovisión de cada cultura*, es decir, como concibe cada una la noción de tierra y territorio, en donde aparentemente no hay diferencia, pero más bien son complementarias una de la otra, al considerar a la tierra como algo sagrado; b) *Sociedades simples y vida comunitaria (El comunismo)*. La sociedad simple en un espacio territorial en que se expresa y adquiere validez la cosmogonía de cada pueblo indígena. Dentro de las comunidades se dan relaciones sociales a apoyo mutuo que son la esencia del comunismo y esto le da cohesión social a la comunidad; c) *El de la identidad...La identidad es una construcción compleja en la medida en que cada una de las etnias la construye bajo sus propias circunstancias...* d) *El que se refiere al principio cosmológico de que la tierra es sagrada*.<sup>13</sup>

#### IV. EL CAMINO HACIA EL ETNODESARROLLO: AUTONOMÍA Y EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN

Otro aspecto que debemos destacar y que se refiere el derecho al desarrollo es el derecho a la libre determinación de los pueblos y plena soberanía sobre sus riquezas y recursos naturales. Esto lo hemos discutido en otro ensayo publicado recientemente sobre etnicidad y etnodesarrollo, en donde concluimos que ambas cosas forman una unidad, pues debe haber conciencia étnica como bandera de lucha, pero también un proyecto de desarrollo propio, llamado también etnodesarrollo, como estrategia de sobrevivencia de los pueblos indígenas.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 46.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 46-51.

<sup>14</sup> *Cfr.* Sámano Rentería, Miguel Ángel, “Etnicidad y etnodesarrollo: la relación de los pueblos indígenas con el Estado mexicano”, en Trench, Tim y Cruz, Artemio (coords.), *La dimensión cultural en procesos de desarrollo rural regional: casos del campo mexicano*, México, UACH, p. 48.

Al referirse José del Val al *desarrollo autogestionario, democracia y participación*, de los pueblos indígenas, señala que son tres aspectos los esenciales: a) *las autonomías, que son sujetos jurídico-políticos*, deben ser la base del desarrollo y dice:

se ubica el horizonte democrático en las sociedades pluriétnicas y multiculturales, horizonte al cual no debemos temer y en el cual los pueblos indios tienen no solo el derecho a su propio desarrollo sino que deben contar con los recursos proporcionarles para lograrlo<sup>15</sup>; b) El territorio...el territorio es el espacio del desarrollo. Es en él donde se desenvuelven las alternativas productivas propias y apropiadas. Es en él donde los modelos de autogestión pueden ponerse en práctica. Es donde los fines ajustes entre desarrollo y conservación son controlables); c) La renta nacional...Es imprescindible que los recursos con que cuenten y contarán los pueblos indios no dependan las cambiantes y azarosas “voluntades políticas” de los funcionarios de los gobiernos en turno...

Concluye del Val: “La triple ecuación autonomía, territorialidad y porcentaje de la renta nacional constituye un camino democrático a la participación y autogestión de los pueblos indios, y, por qué no decirlo, son ejemplo de los caminos que deberán recorrer nuestras sociedades”.<sup>16</sup>

Para algunos intelectuales indígenas, como Floriberto Díaz, tenían una claridad en como la autonomía y la libre determinación de los pueblos contribuyen a su propio desarrollo. Díaz apunta:

...autonomía significa el derecho a conservar, desarrollar y defender la posesión comunal de nuestras tierras, recuperando aquellas que están en manos de supuestamente pequeños propietarios (que en realidad son latifundistas, caciques, ganaderos y hasta grandes funcionarios); el derecho a organizarnos de acuerdo con nuestras propias decisión comunitaria, tanto a nivel local como a nivel regional y más allá de nuestras regiones.

A más adelante agrega lo siguiente: “Sin duda alguna, esto también es un ejercicio de autodeterminación y, dentro de ella, el etnodesarrollo no es un término erróneo, puede ser aceptado en el sentido de que tenemos derecho a decidir los elementos de la ciencia y tecnología moderna adoptamos para nuestro desenvolvimiento”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> Cfr. Del Val, José, *Identidad y nación*, cit., p. 221.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 227.

<sup>17</sup> Díaz, Floriberto, “Escritos”, en Robles Hernández, Sofía y Cardoso Jiménez, Rafael (comps.), *Comunidad energía viva del pensamiento mixe*, México, UNAM, 2007, pp. 66 y 67.

Para Díaz Floriberto y otros intelectuales indígenas la comunalidad es clave para entender la esencia de las comunidades, según él cualquier comunidad indígena tiene los siguientes elementos:

- Un espacio territorial, demarcado y definido por la posesión.
- Una historia común, que circula de boca en boca y de una generación a otra.
- Una variante de lengua del pueblo, a partir de la cual identificamos nuestro idioma común.
- La organización que defina lo político, cultural, social, civil, económico y religioso.
- Un sistema comunitario de procuración y administración de justicia.

Floriberto Díaz concluye lo siguiente: “Bajo el concepto de comunalidad explico la esencia de lo fenoménico. Es decir, para mí la comunalidad define la inmanencia de la comunidad”.<sup>18</sup> Y los elementos que definen esta comunalidad son:

- La Tierra, como Madre y Territorio.
- El consenso de la Asamblea en la toma de decisiones.
- El servicio gratuito, como ejercicio de autoridad.
- El trabajo colectivo, como un acto de recreación.
- Los ritos y las ceremonias, como expresión de lo comunal.<sup>19</sup>

Pero Floriberto Díaz y otros intelectuales indígenas en sus concepciones van más allá al percibir los derechos fundamentales de los pueblos indígenas como una condición como pueblos. Al respecto señala: “Algunos indígenas consideramos que son cinco los ejes fundamentales de nuestros derechos, que dan sustento y razón a los demás. El derecho a la tierra y el territorio; el derecho a ser reconocidos como pueblos; el derecho a libre determinación; el derecho a *una cultura propia*; y el derecho a un sistema jurídico propio”.<sup>20</sup>

De aquí que varios académicos consideran que los elementos de la autonomía y autodeterminación de los pueblos, así como el ejercicio de sus derechos, son una condición para el desarrollo futuro. Al respecto Assies y Hoëkema señalan:

Lo que está en juego en las demandas territoriales y no solamente en el sentido de los recursos incluso en cuanto a hábitat, sino de manera más com-

<sup>18</sup> *Ibidem*, pp. 38 y 39.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 40.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 132.



prensiva como el espacio en que rigen y pueden desarrollarse las estructuras políticas, sociales, económicas y legales indígenas. Esto también significa los derechos indígenas no pueden reducirse a una “identidad propia y derechos culturales.

Al igual que el lenguaje, el atuendo, o las piezas de museo, los arreglos políticos, legales, económicos y sociales constituyen partes integrales de los patrimonios indígenas y son esenciales para sus supervivencia y desarrollo futuro”.<sup>21</sup>

Sin embargo, Floriberto Díaz nos aclara la relación que existe entre libre determinación el territorio y pueblos y señala puntualmente: “Una comunidad y pueblo indígena sin derecho a libre determinación seguirá siendo un pueblo sin posibilidades de definir su desarrollo y creatividad para enfrentar los desafíos actuales”.<sup>22</sup>

Podemos concluir que para que haya desarrollo se deben reconocer los cinco derechos fundamentales de los pueblos indígenas, anteriormente mencionados y se reconozca el derecho a la autonomía y autodeterminación en cuanto al manejo de sus recursos naturales.

#### V. ETNODESARROLLO, DESARROLLO REGIONAL, DESARROLLO RURAL Y DESARROLLO COMUNITARIO

Si bien hay varias definiciones que aclaran que es el etnodesarrollo, hay diferentes interpretaciones y esto se debe desde que perspectiva se observa el desarrollo y la mayoría de estas son desde fuera. Por ejemplo Francisco López Bárcenas apunta lo siguiente: “Si se asume que el desarrollo implica el aumento de las condiciones de bienestar de las sociedades, tenemos que preguntarnos como puede lograrse esto entre los pueblos indígenas, y en este sentido, que relación guarda con el derecho a la autonomía”. Francisco López cita al maestro Bonfil Batalla para señalar: “si por etnodesarrollo se entiende el ejercicio de la capacidad social de un pueblo de construir su futura, aprovechando para ello las enseñanzas de la experiencia y sus recursos reales y potenciales de su cultura...”.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Assies, Willem *et al.*, “La diversidad como desafío: una nota sobre los dilemas de la diversidad”, en Assies, Willem y Hoëkema, André (eds.), *El reto de la diversidad*, México, El Colegio de Michoacán, 1999, p. 517.

<sup>22</sup> Díaz, Floriberto, “Escritos”, *cit.*, p. 165.

<sup>23</sup> López Bárcenas, Francisco y Espinoza Saucedo, Guadalupe, *Los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo rural*, *cit.*, p. 23.

La cultura juega un papel fundamental en el etnodesarrollo y en el desarrollo en general, ya que como concluye Durand, “la dimensión cultural es importante para tomarla en cuenta en el desarrollo regional en el sentido de la naturaleza y la convivencia con ella “y en cuyo escenario se dimensiona el devenir de cada cultura”.<sup>24</sup>

Díaz, al referirse al desarrollo rural practicado desde una visión occidental hace una crítica al mismo desde su propia perspectiva del desarrollo comunitarios cuando dice:

...uno de los desafíos actuales es que los planificadores se modernicen y abandonen la aplicación *a priori* de los universalismos en desarrollo rural, al menos aprendidos en Harvard. La creatividad y la adecuación a las realidades regionales se requieren más que nunca. ...La categoría de desarrollo comunitario no es sólo cuestión de método para nuestro estilo de trabajo. Corresponde a una concepción filosófica, histórica, económica y política. Es tener muy claro que los indígenas jamás hemos querido permanecer en la misma situación a la que nos han orillado.<sup>25</sup>

Entonces la alternativa desde la perspectiva de Floriberto Díaz es la del Desarrollo Comunitario para las comunidades indígenas cuando señala textualmente: “Debe quedar claro que el *desarrollo comunitario*, desde la perspectiva de las propias comunidades indígenas, no es oponerse a la modernidad. Para nosotros la ciencia y la tecnología modernas no pueden seguirse usando para reproducir opresiones, sino para liberar y potenciar la creatividad de los seres humanos haciendo volver la vista hacia nuestra madre común, la Tierra. El punto de partida para el desarrollo, o de cualquier reforma que se precie de revolucionaria, debe ser la comunidad, formada por familias y por individuos que necesitan de los demás, y no por el Estado-nación abstracto individualista”.

Aquí lo que observamos es una revaloración de lo comunal como una célula, que permite el desarrollo de los pueblos indígenas, ya que dentro de la comunidad se da la “comunalidad” y una serie de relaciones comunales que explican la cohesión social comunal. La defensa de la tierra y el territorio, así como de todos sus derechos indígenas, se convierte para los pueblos indígenas en bandera de lucha y de sobrevivencia en un mundo globalizado que los amenaza. La resistencia comunal tiene que buscar nuevas estrategias y modos de sobrevivir, ya que la tierra de que se dispone no alcanza para alimentar a las familias indígenas. Estamos ante una paradoja, ya que

<sup>24</sup> Durand Alcántara, Carlos Humberto, *El derecho al desarrollo regional una visión multicultural*, cit., p. 52.

<sup>25</sup> Díaz, Floriberto, “Escritos”, cit., p. 377.

las comunidades indígenas viven más de los recursos e ingresos que llegan de fuera, léase remesas y jornal, y ya no de la actividad primaria. Sin embargo, la siembra de la tierra es algo simbólico y sagrado para los pueblos indígenas, para mantener esa relación con la madre tierra que nos sigue dando de comer y el maíz lo consideran una planta sagrada que da vida.

Se debe tomar en cuenta lo que dice Díaz cuando dice: “En un estado como Oaxaca, en donde la producción maicera no es lucrativa, debe pensarse en una propuesta seria de desarrollo social rural que tenga en cuenta que el maíz oaxaqueño se produce por razones históricas, religiosas, culturales y sociales. En Oaxaca, sin maíz no hay fiesta, no hay alegría...”<sup>26</sup>

Lo mismo lo podemos extender a toda la nación “sin maíz no hay país”, porque es el cultivo que nos da identidad como cultura y como pueblo en la historia. Todos los pueblos originarios de Mesoamérica cultivaban el maíz como su sustento.

## V. CONCLUSIONES

El desarrollo rural debe tomar en cuenta la dimensión cultural de los pueblos indígenas y coadyuvar a búsqueda de alternativas para impulsar el etnodesarrollo, desde la perspectiva de los propios pueblos indígenas. Se trata en fin de que los pueblos indígenas sean sujetos de su propio desarrollo y no objetos del desarrollo, como lo concibe la CDI, que es la instancia encargada de promover el desarrollo de los pueblos indígenas, pero donde sigue imperando una visión occidentalista del desarrollo, como el progreso o las obras de infraestructura, sin tomar en cuenta la cosmovisión de los pueblos indígenas y sus propias prioridades.

Discutir el concepto de la cultura parecería ocioso, pero es necesario cuando se trata de asociar el desarrollo social al desarrollo cultural, incluso educativo. Para los pueblos indígenas el concepto de cultura tiene que ver con su cosmovisión y conceptualización de los que es el territorio, la autonomía y la autodeterminación o libre determinación. Si bien la antropología ha contribuido al desarrollo del concepto de cultura y de desarrollo, sigue siendo una visión desde fuera de los actores sociales, en este caso de los pueblos indígenas, De ahí la necesidad de retomar los planteamientos que hacen Díaz Floriberto y otros intelectuales indígenas sobre el desarrollo de sus pueblos.

Si bien México ha transitado por una serie de reformas constitucionales e institucionales, incluso a reconocido en parte los derechos de los pueblos

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 378 y 379.

indígenas aún quedan muchas cosas pendientes para alcanzar el desarrollo pleno de los pueblos indígenas en el mundo, en el continente americano y en nuestro país en particular. La relación de los *pueblos indígenas* con el Estado nación no ha cambiado, se les sigue viendo a estos pueblos como subordinados, dominados, explotados, excluidos y pobres.

No se ha identificado plenamente a los pueblos indígenas como sujetos sociales con derecho al desarrollo, en todos los sentidos, no se trata sólo de contemplarlos en la retórica de los gobiernos federales y estatales (nos referimos aquí en plural debido a que es comparable con otros Estados latinoamericanos), de procurar el desarrollo de los pueblos indígenas sin que se tomen las medidas adecuadas para alcanzar estos objetivos. Los pueblos indios son sujetos sociales que han tomado conciencia de su papel como actores políticos, pero sólo unos cuantos, no todos, ya que la mayoría de la población indígena se encuentra dispersa y se preocupa más por la subsistencia diaria que por alcanzar sus ideales de libre determinación.

Si bien la ONU establece el derecho al desarrollo de todos los pueblos y lo considera un derecho humano, en el caso de los pueblos indígenas no solo se está violando este derecho al desarrollo, sino también otros derechos humanos que se derivan del derecho como pueblos que no se les ha reconocido en la práctica, como es el derecho al territorio y a la libre determinación en el empleo de sus recursos naturales y sus riquezas. La aprobación a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de agosto de 2007, es un avance importante pero no significa el fin del rezago de los pueblos indígenas, sobre todo si observamos los índices de desarrollo humano a nivel mundial.

El etnodesarrollo tiene que ver con el reconocimiento de la autonomía y la libre determinación de los pueblos indígenas, significa que pueden hacer uso de sus recursos libremente para impulsar su desarrollo propio, pero esto a su vez tiene que ver con el derecho a la tierra y territorio, el derecho a ser reconocidos como pueblos, que se reconozca su cultura y sus sistemas jurídicos, sólo de esta manera se podrá hablar de un verdadero etnodesarrollo, un desarrollo propio de los pueblos indígenas y desde su propia perspectiva o cosmovisión.

Finalmente, lo que plantea uno de los intelectuales indígenas más destacados, como es Floriberto Díaz, contempla que el desarrollo lo alcanzarán los pueblos al combinar las diferentes concepciones desde lo regional, lo rural, el etnodesarrollo pero donde el propio desarrollo comunitario debe jugar un papel fundamental, partiendo de la concepción de comunalidad, como algo intrínseco de las comunidades indígenas. Esto es una respuesta necesaria ante la globalización que se ha impuesto como un modelo de

desarrollo que trata de eliminar las diferencias identitarias, porque solo observa a los pueblos indígenas como productores y consumidores, donde el mercado es el que conduce a los sujetos a un futuro desconocido e incierto, donde lo humano y lo social van perdiendo terreno.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASSIES, Willem *et al.*, “La diversidad como desafío: una nota sobre los dilemas de la diversidad”, en ASSIES, Willem y HOËKEMA, André (eds.), *El reto de la diversidad*, México, Colegio de Michoacán, 1999.
- DÍAZ, Floriberto, “Escritos”, en ROBLES HERNÁNDEZ, Sofía y CARDOSO JIMÉNEZ, Rafael (comps.), *Comunalidad energía viva del pensamiento mixe*, México, UNAM, 2007.
- DEL VAL, José, *México identidad y nación*, México, UNAM, 2004.
- DURAND ALCÁNTARA, Carlos Humberto, “El derecho al desarrollo regional una visión multicultural”, en DURAND, Carlos (coord.), *El derecho al desarrollo social, una visión desde el multiculturalismo. El caso de los pueblos indígenas*, México, Porrúa, 2008.
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco y ESPINOZA SAUCEDA, Guadalupe, *Los derechos de los pueblos indígenas y el desarrollo rural*, México, CEDRSSA, Colección Legislación y Desarrollo Rural, 2007.
- SÁMANO RENTERÍA, Miguel Ángel, “Etnicidad y etnodesarrollo: la relación de los pueblos indígenas con el Estado mexicano”, en TRENCH, Tim y CRUZ, Artemio (coords.), *La dimensión cultural en procesos de desarrollo rural regional: casos del campo mexicano*, México, UACH, 2008.

# MINORÍAS Y GLOBALIZACIÓN: PROBLEMAS COGNITIVOS EN LA SOCIEDAD DEL SIGLO XXI

Luis T. DÍAZ MÜLLER

*In memoriam* a dos grandes amigos:

José Emilio Rolando Ordóñez  
Cifuentes y Sean Mac Bride.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El concepto relacional de “Estado-nación”*. III. *Etnia, pueblo, Estado-nación y sistema internacional*. IV. *La sociología de las relaciones internacionales y el análisis de las etnias*. V. *Conclusiones por ahora. El piélago o mar abierto de la globalización*.

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio de las minorías en los sistemas federales acarrea un conjunto de problemas de índole conceptual y metodológica. En el orden de los conceptos, por ejemplo, es menester definir, delimitar y esclarecer las categorías utilizadas de pueblo, nación y nacionalidades, en contextos histórico-culturales específicos.

En el plano del método nos enfrentamos a una opción que podría abordarse así: ¿cómo resuelven la cuestión de las minorías los sistemas políticos federales? El enigma está en la relación: se trata de establecer las bases de inclusividad política, si las hay, del tratamiento de las minorías en regímenes políticos aparentemente no centralizados.

Una idea central que sugiero consiste en plantear que las relaciones entre minorías y globalización pueden ser estudiadas a la luz de la noción de auto-determinación interna y externa, como elemento explicativo central de estas mediaciones. En un primer nivel de análisis es *conditio sine qua non* precisar y

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

delimitar algunos conceptos, aunque sea de manera provisional. Así, el concepto de “minoría”, por ejemplo, requiere de una delimitación precisa: queremos referirnos a un grupo humano, étnico, lingüístico o religioso, que posee un sentido de comunidad desarrollado con base en una historia común.

Parece necesario establecer una cierta jerarquización de los conceptos utilizados en este ensayo, porque las categorías de “nación”, “etnia”, “pueblo”, “Estado” y “sistema internacional” pueden conducir a innumerables equívocas en la compleja trama de interdependencias contradictorias provocadas por el tránsito de la sociedad industrial a la sociedad del conocimiento.

El enfoque metodológico que propongo utilizar, a pesar de la escasa literatura, proviene de la sociología de las relaciones internacionales. El olvido de ciertos temas llevará, finalmente, a plantearnos las complejidades, las variaciones, las mediaciones y las tendencias entre los actores conceptuales de base: las minorías, el Estado nacional, el sistema mundial globalizado, los aspectos aldeanos o locales de este proceso con pretensiones mundiales. Esta contribución preliminar está, por tanto, sujeta a nuevas reflexiones y variaciones sobre el mismo tema.

## II. EL CONCEPTO RELACIONAL DE “ESTADO-NACIÓN”

Hace algún tiempo que los políticos se han enzarzado en la discusión<sup>1</sup> sobre el “hecho nacional”. El problema, que al menos proviene desde Nicolás Maquiavelo, podría presentarse así: ¿la nación crea al Estado o viceversa?

Ernest Renan, vale la pena recordarlo, pronunciaba en la Sorbona, el 11 de mayo de 1882, su clásica conferencia *Qu’ est-ce qu’ une nation*,<sup>2</sup> y respondía: una fuerza o principio espiritual producto de la historia, un plebiscito de todos los días. En la óptica del nacionalismo conservador, la nación es “la posesión en común de una rica herencia de recuerdos”. Otra noción consiste en señalar que el hecho nacional representa el acuerdo actual, el deseo de seguir viviendo juntos y la voluntad de asumir la mayor parte de la herencia común.<sup>3</sup> En este orden de ideas, la nación es el requisito y la base para la formación del fenómeno estatal.

<sup>1</sup> Heller, Herman, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

<sup>2</sup> Grossman, R. H. S., *Bibliografía del Estado moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1941.

<sup>3</sup> Díaz Müller, Luis T., *The duck of the wedding. Globalization, development and human rights*, Carolina del Norte, Duke University, 2012.

Herman Heller, R. H. S. Crossman y Maurice Duverger, entre otros, van a identificar ambas categorías,<sup>4</sup> o al menos van a atribuir una connotación preponderante a la idea del Estado. En la actualidad existen nuevos actores y sujetos, como los conglomerados transnacionales y los grupos de presión.

El estudio del Estado, en forma relacional *vis-à-vis* al proceso de la globalización, asume un papel importante en nuestros días, especialmente después del año mágico de 1989. Para el caso latinoamericano alcanza un alto nivel de discusión a partir de la instauración de los Estados de seguridad nacional.<sup>5</sup> El estudio de la “cuestión nacional”, por su parte, se realiza a partir de ciertas proposiciones sobre el nacionalismo latinoamericano, contemplados principalmente en los escritos de Bolívar y Martí. En la actualidad, Leopoldo Zea, Ricaurte Soler y José María Rico retoman el tema del latinoamericanismo expresado en la creación del Sistema Económico Latinoamericano (SELA), en octubre de 1975.<sup>6</sup>

José Carlos Mariategui, pensador peruano, tratará de unir el problema indigenista al proyecto socialista con sus *Siete tesis sobre la realidad peruana* (1928). Este tema indigenista fue retomado por ciertos movimientos insurreccionales en la región andina hasta hoy en día.

En la literatura mencionada no hay mayores alusiones al problema de las minorías.<sup>7</sup> Las grandes corrientes doctrinarias que recorrieron el siglo tampoco han afrontado el reto de dilucidar la inserción de las minorías (étnicas, culturales o religiosas) en la teoría de las relaciones del poder internacional, más bien la marginación y el olvido.

En el enfoque marxista puede mencionarse a José Stalin con *El marxismo y la cuestión nacional* (Viena, 1913), y *La cuestión nacional y el leninismo*, que data de 1929. Vladímir I. Lenin en su obra *El imperialismo, etapa superior del capitalismo*, y en su artículo “El derecho de las naciones y la autodeterminación”, se pronuncia en favor del respeto al principio de las nacionalidades, e incluso a la autodeterminación de las naciones. En esta etapa del pensamiento marxis-

<sup>4</sup> Para la discusión actual, entre muchos, véase UNESCO, “Acercas del Estado”, *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, París, vol. XXXII, núm. 4, 1980. En especial, véase Brucan, Silviu, *El Estado y el sistema mundial*, que es uno de los primeros intentos por establecer la mediación en estudio hacia el sistema internacional.

<sup>5</sup> Díaz Müller, Luis, *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991

<sup>6</sup> Díaz Müller, Luis T., *El SELA y las empresas multinacionales latinoamericanas en el desarrollo regional*, México, UNAM, 1981.

<sup>7</sup> En la novela hispanoamericana podemos citar: *El otoño del patriarca*; *La muerte del chivo*; *Îô*, *el supremo*; *El recurso del método*, y otras.



ta debe agregarse el comunicado Lenin-Stalin, del 12 de noviembre de 1917, denominado “Declaración de los derechos de los pueblos de Rusia”.

En mi opinión, fue la escuela austromarxista de Max Adler, Karl Renner y Rudolf Hilferding, y posteriormente con Gustav Eckstein, Frederick Adler y Otto Bauer, la que realizó un avance considerable en el tratamiento teórico de las nacionalidades.<sup>8</sup>

La polémica entre Marx Adler, quien consideraba a la nación como un sujeto jurídico y como un momento de unión pluralista que da lugar a la unidad del Estado, y Otto Bauer, quien la consideraba como una “comunidad de destino” y como un complejo de elementos histórico-culturales, enriqueció en mucho la discusión sobre las nacionalidades. Un ingrediente importante aportado por Bauer fue la introducción o reintroducción del fenómeno nacional en la perspectiva de la lucha de clases. Al día presente, con la revolución científico-técnica, el análisis se complica y esta mediado por múltiples actores de profundidad insospechada: la partícula de Dios o partícula de Higgs.

En la misma senda conceptual y teórica se inscriben las críticas de Karl Kautsky a los planteamientos de O. Bauer, quien consideraba a la nación como una comunidad de lengua. En el pensamiento marxista contemporáneo existen escasas obras que tratan el problema de la nación. El interesante trabajo de Eduard Kardelj,<sup>9</sup> *La nación y las relaciones internacionales* (1975), a propósito de la cuestión nacional en Yugoslavia, ingresa al estudio del problema en torno a la política de no alineación en las relaciones internacionales.<sup>10</sup> Por último, las obras de Solomon F. Bloom (1941), Has-Ulrich Wehler (1971), Eric Hobsbawm (1972), entre otros, conducen a establecer seriamente la inexistencia de una teoría marxista de la nación.<sup>11</sup> Con la globalización aparecieron fenómenos y procesos relativamente inéditos que complican el análisis y ameritan el grado de legitimidad de nuevos actores: las migraciones, la revolución de las comunicaciones, la aldea global.

En América Latina, en esta perspectiva del análisis social, los estudios son aún más escasos. Estudios como el de Edelberto Torres Rivas, *La nación:*

<sup>8</sup> Bauer, Otto, *La cuestión de las nacionalidades y la socialdemocracia*, México, Siglo XXI editores, 1979.

<sup>9</sup> Kardej, Eduard, *La nación y las relaciones internacionales*, Belgrado, Cuestiones actuales del socialismo, 1975; *Raíces históricas de la no alineación*, Belgrado, Cuestiones actuales del socialismo, 1979.

<sup>10</sup> Samir, Amin, *Class and nation. historically in the current crisis*, Nueva York-Londres, Monthly Review Press, 1980.

<sup>11</sup> Bloom, Solomon F., *The world of nations: an study of the national implications in the world of Karl Marx*, Nueva York, Columbia University Press, 1941; Wehler, Hans-Ulrich, *Sozialdemokratie and nationalstaat*, Göttingen, 1941.

*problemas teóricos e históricos* (1982), o de mayor profundidad como en el caso del estudio de José María Arico expresado en *El marxismo en América Latina*, han despertado numerosas polémicas<sup>12</sup> y contribuyen a despertar la discusión sobre el hecho nacional en la región. El historiador panameño Ricaurte Soler, a través de varias obras, sistematizó la idea de la nación latinoamericana en su evolución histórica, logrando una mayor explicación del problema de la construcción nacional.<sup>13</sup> En los estudios no marxistas acerca de la nación y las relaciones internacionales puede observarse que el tema del nacionalismo es el que ha ocupado la atención de los autores. Entre ellos se destacan los trabajos de Anthony D. Smith, especialmente en *Nationalism in the Twentieth century* (existe edición en español), donde, incluso, se ocupa del problema étnico.<sup>14</sup> Los textos clásicos de Hans Kohn y Karl W. Deutsch sobre el fenómeno nacional constituyen pálidos ejemplos de estas investigaciones. Deutsch y Kohn tuvieron el atrevimiento de introducir otros elementos de análisis, como la cibernética.<sup>15</sup>

Por último, puede mencionarse algunas obras aisladas, entre las que destacan los escritos de autores españoles, como Julio Busquets, *Introducción a la sociología de las nacionalidades* (Madrid, 1971), y Francisco P. Margall, en su obra *Las nacionalidades* (1973), en que se plantean los problemas de la nación en Europa, y especialmente en España. ¿Qué será de las comunidades en tiempos de crisis?

Ahora bien, en cuanto al estudio de la “relación nación-Estado”, que he propuesto como concepto explicativo central para establecer la gravitación de las etnias en el sistema internacional, existen algunas obras que señalamos al paso: Benjamin Akzin, en *Estado y nación* (1964), examina el problema de los marcos del Estado desde la perspectiva internacional, como lo analizaremos más adelante. Nicos Poulantzas, en varias obras, estudia el concepto de Estado como esquema de dominación. En este tema existe una abundante bibliografía: los estudios sobre autoritarismo de Juan Linz

<sup>12</sup> Arico, José María, *El marxismo en América Latina*, Buenos Aires, Pasado y Presente, 1979.

<sup>13</sup> Soler, Ricaurte, *Idea y cuestión nacional latinoamericana*, México, Siglo XXI, 1980; *Clase y nación en hispanoamérica*, Panamá, Tareas, 1975.

<sup>14</sup> Smith, Anthony D., *Nationalism in the twentieth century*, Oxford, Martín Robertson and Co., 1979; *Las teorías del nacionalismo*, Barcelona, 1976, donde plantea su tesis del nacionalismo tecnológico.

<sup>15</sup> Kohn, Hans, *Nationalism, its meaning and history*, Van Nostrand, 1995 (edición en español). Deutsch, Karl, *Nationalism and social communication*, M. I. T. Press, 1996; *Los nervios del gobierno*, Buenos Aires, Paidós, 1969; *El análisis de las relaciones internacionales*, 2a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1974; *Las naciones en crisis*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981, en que se refiere a la integración nacional y regional.

y Alfred Stepan;<sup>16</sup> el concepto de Estado burocrático-autoritario propuesto por Guillermo O'Donnell;<sup>17</sup> el análisis de la "crisis del Estado" latinoamericano formulada por Norbert Lechner, y la propuesta del Estado nacional-popular.<sup>18</sup>

En fin, un primer balance acerca del *status questionis* del problema de la relación Estado-nación indica que ambos han sido tratados insuficientemente, a pesar de que en el caso de estudio del fenómeno estatal existe una abundante bibliografía. La profesora Saskia Sassen de la Universidad de Columbia lleva el asunto más allá del estado del arte, cuando introduce el tema del espacio, la urbanización y las grandes ciudades, en relación con la trama globalizadora.

La cuestión nacional, como he dicho, ha sido escasamente investigada, incluso en la perspectiva del sistema político interno o nacional. Es más, el tema de las etnias y de las minorías ha sido observado como una cápsula cerrada, como un asunto de integración y asimilación a la hora de la siesta profundamente nacional. Los populismos, con fuerte sesgo nacionalista, no le salieron al paso a los profundos cambios que ocurrían en el mundo de los "años felices" (1845-1989).

Es menester ingresar al interior de los procesos globalizadores, o sea, a las entrañas de la vida cotidiana. Como es el caso del fútbol, narrado magistralmente por Juan Villoro, considerado como un espectáculo de masas, como una catarsis colectiva, como un hecho político fuerte y singular. Llama la atención que Jim O'Neill, el constructor del acrónimo BRIC, sea dirigente y fanático del Manchester United, aunque es de reconocer que los *hooligans* existen con la misma perversión en Londres que en los arrabales de Buenos Aires. La necesidad de una sociología cotidiana de la globalización.

Por tanto, hay que plantearse estos procesos con relación a la impronta del neoliberalismo en nuestros países, con sus secuelas de desempleo, exclusión, pobreza y desesperanza. Es aquí donde el sistema federal se subsume en un camino sin salida: no le es posible encontrar soluciones igualitarias. Todavía más, ahora que se plantea la intervención del Banco Único Europeo como bálsamo de fierabrás de los males de la región europea, no es porque se esté federalizando esta zona del mundo, sino más bien se trata de salvar al Titanic neoliberal, que está liderado por Maerkel y que arrastra a una crisis estructural al mundo en su conjunto.

<sup>16</sup> Díaz Müller, Luis, *El derecho económico y la integración de América Latina*, Bogotá, Temis, 1986.

<sup>17</sup> O'Donnell, Guillermo, *Las fuerzas armadas y el Estado autoritario del cono sur de América Latina*, México, Siglo XXI, 1982.

<sup>18</sup> Díaz Müller, Luis T., *The duck of the wedding...*, cit., p. 148.

Estamos en presencia de un tema olvidado. La etnia, esa compleja comunidad micropolítica, ha sido relegada de las ciencias sociales. Recién empiezan a esbozarse algunos trabajos en materia de promoción y protección de las comunidades indígenas en términos de derechos humanos, como la Declaración de 2007. La interdependencia, la complejidad, la desigualdad, la discriminación y la exclusión son las notas distintivas de una globalización neoliberal, en donde las prioridades son otras: el salvamento de Grecia, España, Portugal e Italia. El mundo subdesarrollado aparece marginal y sobreviviente. ¿Una nueva Edad Media?

Desde el punto de vista de la sociología de las relaciones internacionales, amén de los textos citados, no existen mayores contribuciones sobre el asunto. Esta misma insuficiencia ha traído como corolario una falta de precisión acerca de los conceptos, tales como “nación”, “Estado” o “etnia”, que nos obliga a una precisión preliminar al reflexionar sobre el análisis de sus conexiones con el sistema internacional.

### III. ETNIA, PUEBLO, ESTADO-NACIÓN Y SISTEMA INTERNACIONAL<sup>19</sup>

#### 1. *El concepto de etnia*

En los trabajos que se han ocupado de analizar y estudiar al problema étnico, más bien desde el punto de vista antropológico, parece que el criterio que identifica a una “comunidad indígena” es el criterio de la etnia.

En este sentido, se entiende que “etnia” es una población que: a) se perpetua por medios biológicos; b) comparte valores fundamentalmente puestos en práctica en formas culturales específicas, y c) cuenta con miembros que se identifican a sí mismos y son identificados por otros, y que constituyen una categoría distinguible de otras del mismo orden.<sup>20</sup>

El informe del relator especial de la Subcomisión sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías utiliza los siguientes criterios de identificación de una “comunidad indígena”:

1. Criterio biológico o ancestro. El hecho de descender de la población nativa del país.

<sup>19</sup> Para análisis panorámicos y complejos, véanse los libros y los trabajos de E. Hobsbawm, J. Fontana, T. Judt, N. Ferguson, L. Goytisolo y otros.

<sup>20</sup> “Seminario. Interpretación del estatuto de las comunidades indígenas”, *Boletín Antropológico*, Asunción, vol. XVII, núm. 2, diciembre de 1982. Se refiere a la Ley 904 de 1981 o a la Ley de las Comunidades Indígenas del Paraguay.

2. Criterio cultural. El predominio considerable de elementos de carácter “autóctono” en la cultura material y espiritual de una persona, un grupo o una comunidad determinada.
3. Criterio lingüístico. El uso de un idioma vernáculo por individuo, grupo o comunidad.
4. Criterio de grupo. El individuo o el grupo se considera a sí mismo como indígena, o la comunidad en la que vive el individuo o el grupo lo considera como “indígenas”.
5. Criterio múltiple. Como resultado de la combinación de varios de los criterios citados anteriormente.
6. Criterio de la aceptación por la comunidad indígena. Consiste en vivir en un sistema tribal, pertenecer a una comunidad indígena y tener residencia en determinadas regiones; estos son elementos de la aceptación por la comunidad indígena.
7. Criterio de la residencia. Esta exigencia aparece en algunas legislaciones.<sup>21</sup>

La Oficina (*sic*) Internacional de Trabajo (OIT) dispone en el artículo 1o. del Convenio núm. 107 (1957) el área de aplicación de este último:

- a) A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada que la alcanzada por los otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente sus costumbres o tradiciones por una legislación especial.
- b) A muchas poblaciones tribales o semitribales en los países independientes considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país durante la época de la conquista o colonización y que, cualquiera que sea su condición jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de esa época que con las instituciones de la nación a la que pertenecen.<sup>22</sup>
- c) Akzin, al escribir sobre la “etnia” (del griego *ethnos*: pueblo o nación), se refiere a un grupo cuya mayoría de miembros son, en ciertos aspectos, relativamente similares entre sí, mientras que son diferentes, en otros sentidos, de la mayoría de los miembros de los demás gru-

<sup>21</sup> Sobre esta materia, véase Díaz Müller, Luis, *Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre indígenas en América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos humanos-El Colegio de México-Universidad de las Naciones Unidas, 1985.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 132 y 133.

pos. Este esquema de “similitud-desimilitud” está constituido por lo que llamamos “características étnicas”.<sup>23</sup>

Por mi parte, he preferido privilegiar al criterio grupal y comunitario, al intentar una definición preliminar de “comunidad” o “pueblo indígena”, integrando los siguientes elementos:

“*Comunidad indígena*: Es un grupo social, que se reconoce a sí mismo, asentado históricamente en un territorio, y que comparte una lengua y valores culturales comunes, rigiendo autónomamente su vida en comunidad”.<sup>24</sup>

En esta línea de análisis, he considerado a la etnia como un “grupo social”, en donde la “frontera demarcatoria” con otros pueblos o naciones viene dada por la conciencia de grupo (comunidad) y el respeto al principio de la autodeterminación interna y externa. Una etnia es, en fin, una unidad micropolítica al interior de un Estado, que pretende espacios de legitimidad. Por el argumento anterior, es casi natural reconocer las fuentes tensionales de estas interacciones entre la micropolítica de la etnia y los horizontes porosos del Estado nacional.

En algunas partes del mundo, como China, Unión Soviética o Yugoslavia, al referirse a las etnias se habla de “nacionalidades”. Esto aumenta la confusión conceptual, porque no se trata de “nacionalidades” en los términos y en el sentido que utilizamos en este ensayo.

## 2. *Pueblo y nación*

La discusión acerca de la categoría “pueblo” proviene del nacionalismo romántico alemán del siglo XIX, la comunidad de destino, la vida en común. En consecuencia, si nos situamos en la actualidad encontramos que existen interdependencias complejas y nuevos problemas: la perspectiva de género, las identidades sexuales, la revolución tecnológica, una nueva visión de las fronteras y de la soberanía.

El libro clásico de Karl Renner, *Estado y nación* (*Staat und Nation*, 1889), y los *Discursos a la nación alemana* de Fichte se refieren al concepto de pueblo (*volk*) como una cosmovisión, una especie de ideología de “lo popular” (*volkgeist*). Georg Lukacs retomará esta interpretación en una perspectiva de clase, especialmente con *El asalto a la razón*, que es un contundente análisis de la idea nacional alemana y de la construcción del Estado.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Akzin, B., *op. cit.*, p. 34.

<sup>24</sup> Díaz Müller, Luis, *Análisis comparado de las legislaciones nacionales sobre indígenas...*, *cit.*, p. 137.

<sup>25</sup> Véase a Otto von Bismarck y el proyecto Junker de desarrollo a partir de 1871.

La noción de “pueblo”, con toda su ambigüedad, será retomada en América Latina durante el periodo del pacto populista,<sup>26</sup> que corresponde a la “fase de industrialización fácil” y de sustitución de importaciones, lo que Touraine denomina el crecimiento-espuma:<sup>27</sup> Goutart (Brasil), Perón (Argentina), Ibáñez (Chile), y con mayor discusión el presidente Cárdenas en México.<sup>28</sup> El concepto de “populismo” históricamente es situado como una forma de régimen capitalista en que el Estado se sitúa sobre el estado en el ámbito de las clases y se produce una fuerte movilización popular.<sup>29</sup> Tema de discusión de amplia y de ambigüedad superlativa.

La categoría “pueblo”, en cambio, puede analizarse a partir del concepto de “nación”: se basa en uno o varios de los hechos naturales (cultural, religioso, étnico...) que dan lugar a la existencia de un pueblo, el cual se convierte en una nación al tomar conciencia de su “exigencia diferenciada” del resto de la comunidad humana.<sup>30</sup> Existe, pues, una relación de causalidad entre el hecho nacional y el pueblo.

Aún más, creemos que el pueblo es un proyecto político, una idea social, un programa de convivencia en comunidad. Por esta razón, quizá, algunos autores (para obviar problemas conceptuales) optan por hablar de “comunidad nacional”.<sup>31</sup> El espíritu, escribe André Malraux, sugiere la idea de una nación, pero lo que constituye su fuerza fundamental es la comunidad de sueños. El hecho diferencial que delimita al pueblo de otras agrupaciones es la idea de un proyecto común. El elemento que separa a la nación del pueblo es la solidaridad básica del grupo en función del proyecto de futuro. La autorrepresentación o conciencia de sí mismo y la idea de totalidad (una misma visión de la sociedad) hacen que el pueblo se transforme en un elemento determinante en la construcción del Estado. La nación, escribe K. Deutsch, es “un pueblo que controla un Estado”.<sup>32</sup> El Estado es un deposi-

<sup>26</sup> Müller, Luis y Fernando Ostornol Fernández, Luis, *El derecho de rebelión como derecho de los pueblos. Una perspectiva latinoamericana*, Atenas, Comunicación a la Reunión Anual de la Asociación Internacional de Juristas Demócratas, 1984.

<sup>27</sup> Debo agradecer la utilización de este concepto al profesor Alain Touraine, de la Universidad de París, durante su estancia en México.

<sup>28</sup> Para una discusión interesante, véase Jessop, Bob, *Crisis del Estado de bienestar*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, en que plantea una nueva discusión de las teorías del Estado.

<sup>29</sup> Laclau, Ernesto, *Política e ideología en la teoría marxista, capitalismo, fascismo, populismo*, México, Siglo XXI, 1977.

<sup>30</sup> Busquets, Julio, *Introducción a la sociología de las nacionalidades*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1971, p. 26.

<sup>31</sup> W. Deutsch, Karl, *El análisis de las relaciones internacionales*, 2a. ed., Buenos Aires, Paidós, 1974, p. 91.

<sup>32</sup> Díaz Müller, Luis, *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

tario del poder político;<sup>33</sup> asimismo, es el factor cohesionador de la sociedad civil, donde se incluyen a las mayorías y a las minorías.

R. H. S. Crossman, refiriéndose al concepto de nación, escribe: “un pueblo unido por lazos históricos, filológicos y culturales”, dice el inglés, mirando de reojo hacia Escocia y Gales, así como Irlanda. Se trata de “una reunión libre de individuos, que, sin consideración alguna respecto a la raza o al lenguaje desean vivir, bajo un mismo gobierno”, esto lo dice el ciudadano norteamericano mientras espera que nadie le mencione el problema del negro y sus leyes migratorias.<sup>34</sup>

El propio Crossman (1939) propone una definición de nación: “un pueblo que vive bajo un único gobierno central lo suficientemente fuerte para mantener su independencia frente a otras potencias”.<sup>35</sup> Según esto, la nación sería la sumatoria de pueblo+gobierno+soberanía externa. Lo que da por resultado, en nuestra opinión, una excelente definición jurídica ¡del Estado!

Una nación es una comunidad política diferente de otros grupos humanos, y es un contrato de solidaridad humana. Por eso es que puede existir la nación sin que exista el Estado, o que su existencia se fije en un territorio determinado.

En el enfoque marxista, si bien no existe una teoría (como conjunto orgánico y sistemático) de la nación, no es menos cierto que existen frecuentes alusiones al problema. Así, Marx en la carta a Engels (20 de junio de 1886) señalaba la importancia de valorar la existencia de las nacionalidades y de las naciones. Es cierto que frente al afán globalizador de las doctrinas emanadas del Siglo de las Luces, el “hecho nacional” apareció como un desafío inédito, casi imprevisible, para la realidad de la época: el Liberalismo tuvo y tiene pretensiones de vigencia planetaria.

La nación es un producto surgido en la segunda mitad del siglo XVIII, un fruto de la revolución triunfante y una “conquista de la ideología burguesa”, en donde la historiografía romántica se dedica a resaltar a la identidad nacional como valor supremo y a colocar en primer plano a la unidad de la patria y de la nación ante esa arrogancia nacional enfática y exaltada.<sup>36</sup> Por la patria que costó a la humanidad dos feroces guerras mundiales.

<sup>33</sup> Crossman, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>35</sup> Haupt, Georges y Weill, Claudie, *Marx y Engels frente al problema de las naciones*, Barcelona, 1978, pp. 12 y 13; Marx, Carlos, *La ideología alemana*, 2a. ed., Montevideo, Pueblos Unidos, 1968. En este libro Marx y Engels superan la confusa declaración del “Manifiesto Comunista” (1948), en que no se aclara si se está frente a una emergencia de la conciencia nacional en la clase obrera, Haupt y Weill, cita 5 bis, p. 13.

<sup>36</sup> Lenin, V. I., *El derecho de las naciones a la autodeterminación*, México, Grijalbo, 1969, p. 11.



Los proletarios, en una versión común, no tienen patria. Vladímir I. Lenin, en *El derecho de las naciones a la autodeterminación*, profundiza la perspectiva contenida en el “Manifiesto Comunista”:

Por consiguiente, si queremos entender lo que significa la autodeterminación de las naciones, sin jugar a las definiciones jurídicas, ni “inventar” definiciones abstractas, sino examinando las condiciones histórico-económicas de los movimientos nacionales, llegaremos y inevitablemente a la conclusión siguiente: por autodeterminación de las naciones se entiende su separación estatal de las colectividades nacionales extrañas, se entiende la formación de un Estado nacional e independiente.<sup>37</sup>

En esta interpretación, la nación aparece ligada al problema de las causas sociales.

No es menester ingresar aquí a una polémica interminable sobre la relación entre clase y nación como conceptos fundamentales para establecer la vinculación entre la etnia y las relaciones internacionales; sin embargo, es pertinente destacar que la cuestión de la “clase social” aparece en América Latina ligada al proyecto independentista y a la conquista de la emancipación política.<sup>38</sup>

En la actualidad, el tema del nacionalismo latinoamericano aparece vinculado al rescate de las ideas de la integración latinoamericana. La creación del Sistema Económico Latinoamericano (SELA, Panamá, 1975) representa, junto al Pacto Andino de 1969, un intento por recuperar el perfil progresista del “nacionalismo económico” y de la formulación común de una política económica conjunta (la Decisión 24 del Pacto Andino).

En esta impronta aparecen algunos trabajos que vuelven a poner en el tapete de la discusión el nexo entre “lo nacional” y “lo popular”. Es el caso de Sergio Spoerer con *América Latina. Los desafíos del tiempo fecundo*, en donde plantea la viabilidad del proyecto nacional-popular, abriendo el análisis de la “clase” hacia la categoría “pueblo” (1979). En una perspectiva similar aparecen dos trabajos nuestros,<sup>39</sup> en los cuales se formula la posibilidad

<sup>37</sup> Soler, Ricaurte, *Clase y nación en hispanoamérica*, Panamá, Tareas. 1975.

<sup>38</sup> Spoerer, Sergio, *América Latina. Los desafíos del tiempo fecundo*, México, Siglo XXI, 1979; Díaz Müller, Luis, *Globalización y derechos humanos: el orden del caos*, Rio de Janeiro, OEA, 2002, y *El Estado de seguridad nacional y la integración latinoamericana. Memorias del Primer Congreso Nacional de Teoría del Estado*, México, UNAM, 1980; entre otros trabajos.

<sup>39</sup> Los nuevos actores y sujetos del derecho internacional que empiezan a gravitar con mayor fuerza en los asuntos internacionales son: las comunidades, las empresas transnacionales, los grupos de presión, las iglesias y los organismos internacionales. Díaz Müller, Luis y Ostornol Fernández, Fernando, *El derecho de rebelión como derecho de los pueblos...*, cit., pp. 4 y ss.

del “Estado nacional-popular” como una alternativa para los gobiernos de transición democrática imperfecta posteriores a los Estados de seguridad nacional.

El sistema internacional (conjunto de actores nacionales globalizados) se plantea en 2012 como una red compleja de múltiples actores, que aparece como el escenario de vuelta a un mundo multipolar, a la manera del balance del poder planeado por Nixon en la isla de Guam. El problema de la “etnia” y de la “nación”, como se escribía, aparece mediado por el Estado, quien es protagonista principal, pero no exclusivo, de las relaciones internacionales de mercado con afanes presuntamente mundiales.

La clave de estas ideas consiste, precisamente, en la capacidad de analizar en una doble perspectiva la cuestión de las etnias: un primer análisis desde la estructura interna de la relación Estado-nación hacia el sistema interestatal, sin dejar de mencionar una serie de otros actores y sujetos que están apareciendo en la vida internacional.<sup>40</sup> En segundo lugar, en otra perspectiva de explicación aportada por la sociología de las relaciones internacionales, desde el proceso global hacia las unidades de base, como la etnia, la nación y las comunidades de base. Pasemos, pues, a intentar el análisis de la etnia y las minorías observadas desde el sistema del poder internacional.

#### IV. LA SOCIOLOGÍA DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y EL ANÁLISIS DE LAS ETNIAS

En la perspectiva de la sociología de las relaciones internacionales<sup>41</sup> puede observarse un escaso desarrollo del problema en estudio. La mayoría de los autores han abordado al tema del nacionalismo como un fenómeno de importancia en los asuntos mundiales de este siglo; en cambio, las estructuras de base, como las etnias, han sido olvidadas por los autores. Ni qué decir de los actores situados en los últimos confines del Estado-nacional: las aldeas, los villorrios y las plazas de los pueblos.

Esta advertencia preliminar nos lleva a limitar el examen del problema a dos niveles principales de estudio: 1) el tratamiento y el estudio de las

<sup>40</sup> Entre la bibliografía consultada, véanse W. Deutsch, Karl, *El análisis de las relaciones internacionales*, citado por Hoffman, Stanley, *Teorías contemporáneas de las relaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 1976; Bosc, Robert, *Sociología de la paz*, Barcelona, Estela, 1976; Trujor y Serra, Antonio, *La sociedad internacional*, Madrid, Alianza, 1974; Smith, Anthony D., *Nationalism in the twentieth century*, Oxford, 1979, en especial el capítulo VI “Ethnic Resurgence in the West”.

<sup>41</sup> Donnadiou Aguado, Laura, *Tratamiento internacional del problema de las minorías étnicas, religiosas lingüísticas*, Universidad de la Naciones Unidas-El Colegio de México, 1984, p. 10.

etnias y de las minorías en el sistema de Naciones Unidas, a que nos referiremos brevemente, remitiendo a la bibliografía sobre esta materia, y 2) el análisis metodológico de la etnia en la perspectiva de la sociología internacional, que es nuestra preocupación primordial.

### 1. *Las minorías étnicas en Naciones Unidas*

Desde la Primera Guerra Mundial se empezó a debatir el problema de las minorías étnicas. En la Conferencia de Paz de 1915 se estudiaron diversas soluciones para resolver el problema de las minorías basadas en el concepto de la autodeterminación nacional.<sup>42</sup> Es el caso del presidente W. Wilson y los “Catorce puntos para la Paz”, con los que pretendía terminar la Primera Guerra.

El problema de las minorías nacionales fue considerado como un tema importante para mantener la paz mundial.<sup>43</sup> La Sociedad de las Naciones estableció un régimen jurídico especial de protección de las minorías con base en una serie de tratados destinados a proteger los intereses de los habitantes que diferían de la mayoría de la población.<sup>44</sup>

Al final de la Segunda Guerra Mundial, con la creación del sistema de Naciones Unidas, se estableció un sistema de protección de los derechos humanos; sin embargo, este mecanismo internacional contenido en la Carta de las Naciones Unidas no estableció ningún artículo o declaración específica sobre la cuestión de las minorías. Fue hasta el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde se hace el reconocimiento de las minorías en el derecho internacional de los derechos humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, omitió toda alusión al problema de las minorías de todo tipo. El problema quedó ubicado dentro de la discusión sobre los derechos humanos, especialmente sobre la preeminencia de los derechos humanos individuales en desmedro de los colectivos o viceversa.<sup>45</sup>

El sistema de Naciones Unidas instituyó, a través del Consejo Económico y Social, la Comisión de Derechos Humanos, destinada a velar por el cumplimiento de las disposiciones del Consejo Económico y Social, así

<sup>42</sup> Claude, Inis, *National minorities*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.

<sup>43</sup> Donnadicu, Laura, *op. cit.*, p.14.

<sup>44</sup> Cassese, Antonio, *La protección internacional de los derechos humanos en el sistema de Naciones Unidas*, México, Ponencia al Seminario Internacional de Protección de los Derechos Humanos, Claustro de Sor Juana, abril de 1982.

<sup>45</sup> Capotorti, Francesco, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas y religiosas o lingüísticas*, Nueva York, Naciones Unidas, 1979.

como de las disposiciones de la Corte en materia de libertades y derechos fundamentales.<sup>46</sup> En esta razón, el 10 de febrero de 1945 la Comisión decidió establecer la Subcomisión de Protección a las Minorías y de Prevención a la No Discriminación.

En la Subcomisión empezaron a plantearse los problemas relacionados con las minorías como un asunto específico del cual debía ocuparse la comunidad internacional. Fue así como el artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos estableció el derecho de las minorías a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a usar su propio idioma. Con posterioridad, surgieron diversos instrumentos internacionales destinados a la protección de estos grupos:

1. La Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (1948).
2. El Convenio 107 de la OIT relativo a las poblaciones indígenas (1957).
3. La Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (1948).
4. La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1945).

Por último, debe mencionarse la labor del Grupo de Trabajo sobre Comunidades Indígenas, dependiente de la Subcomisión, que ha venido desarrollando un interesante trabajo en materia de protección de minorías indígenas, en particular respecto de la abrogación del Convenio 107 y de la situación de las minorías en el mundo,<sup>47</sup> que vino a ser paliada con la aprobación del Convenio 169 de la OIT de 1969.

## 2. *Sociología de las relaciones internacionales y minorías étnicas*

La sociología de las relaciones internacionales, que otros autores denominan teoría de las relaciones del poder internacional, se ubica como parte integrante de la ciencia política y del derecho internacional de los derechos humanos.<sup>48</sup> Se trata de un enfoque verdaderamente multidisciplinario y multidimensional: teoría de los grupos; derecho y sociedad; protección

<sup>46</sup> Stavenhagen, Rodolfo, *Las minorías culturales y los derechos humanos*, El Colegio de México, 1983.

<sup>47</sup> Entre la bibliografía consultada, véanse Zorgbibe, Charles, *Les Relations Internationales*, París, P. U. F., 1975; Merle, Marcel, *Sociología de las relaciones internacionales*, México, UNAM, 1984, p. 10.

<sup>48</sup> Claude, Inis, *National minorities*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.

nacional e internacional; Estado-nación; procesos internos y externos de la globalización.

Un enfoque analítico adecuado para estudiar la vinculación entre la etnia y la sociología es avanzar en la explicación de cómo los “actores internacionales” (organismos internacionales, empresas transnacionales, grupos de presión, minorías) influyeron y se relacionan con la estructura del poder internacional a partir de la noción de Estado-nación.

Las diferentes “escuelas” de las relaciones internacionales han empezado a debatir el estatuto científico y las posibilidades de explicación de la sociedad (Schwarzenberger) y de la comunidad internacional, entre ellas: el análisis del “decision-making”; los estudios por regiones;<sup>49</sup> la escuela realista de Morgenthau<sup>50</sup> y S. Hoffman; los estudios históricos (Renouvin y Duroselelle); las investigaciones sobre la paz (J. Galtung); el intento de construir una “teoría” marxista de las relaciones internacionales (R. Mesa y M. Merle); las posibilidades del método estructural; la “teoría” de los juegos (M. Davis y K. Deutsch), y el análisis de actores (Morton Kaplan).

En esta compleja urdidumbre de interpretaciones, he optado por fijar algunos conceptos provisionales de nuestra propia visión del poder internacional. Establezcamos que la sociología de las relaciones internacionales se encarga de estudiar y analizar el conjunto de fenómenos que operan conflictivamente en las relaciones del poder internacional.<sup>51</sup> Este conjunto de actores pueden ser los Estados, las organizaciones internacionales y los poderes privados, como los grupos de presión y las minorías indígenas. El peso específico que puede llegar a tener las minorías indígenas en las relaciones del poder internacional<sup>52</sup> es escaso. Desde el punto de vista metodológico, pareciera que existe una “brecha” entre el estudio de la “etnia” y el sistema internacional, que puede ser suplida por el concepto relacional de Estado-nación.

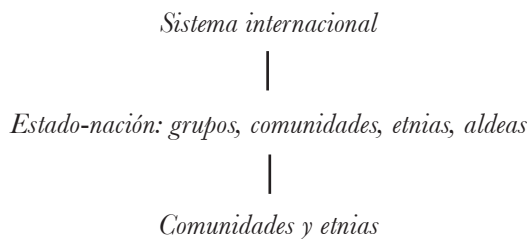
En efecto, si quisiéramos establecer y descubrir un enfoque relacional de análisis habría que plantearlo jerárquicamente así:

<sup>49</sup> Díaz Müller, Luis, *Las transiciones en Europa y América Latina: análisis comparado*, Viena, Banco Nacional de Austria, 1987.

<sup>50</sup> Morgenthau, Hans, *Paz y guerra entre las naciones*, Barcelona, Crítica, 1974.

<sup>51</sup> Bauer, Otto, *op. cit.*, p. 137, escribe que los sociólogos italianos han establecido los siguientes elementos de la nación: región de residencia común; ascendencia común; lengua común; costumbres y usos comunes; vivencias comunes y pasado histórico común; leyes y religión común. Sobre las diferentes definiciones de nación, véase Neumann, Franz, *Volk und nation*, Franckfurt, 1980.

<sup>52</sup> Cassirer, Ernst, *El mito del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.



En otras palabras, el Estado-nación continúa siendo el rey, acosado e influido por nuevos actores y entes: ¿cómo abordar, por tanto, el conocimiento como materia prima estratégica? No estoy planteando una concepción “nacional” de la historia, sino que trato de reconocer que el fenómeno de la nación aparece como una “estructura real y objetiva” para el análisis de la inserción de la etnia y los grupos en las relaciones internacionales.<sup>53</sup>

El surgimiento del capitalismo, el tránsito de la ciudad-Estado al Estado nacional, reforzó la idea de la unidad nacional sin conflictos: una trama bien urdida y artificiosa. El papel desempeñado por el derecho y la ideología en la “homogeneización” de las relaciones entre los grupos y el Estado vino a consolidar el mito del Estado nacional sin contradicciones (uniforme), haciendo parecer como “inexistente” la cuestión de las etnias o nacionalidades.<sup>54</sup>

El estudio de las etnias lleva a introducir otro elemento de análisis: la autodeterminación interna y externa de las comunidades.<sup>55</sup> En efecto, ha sido la discusión en torno al principio de la “autodeterminación de los pueblos” la que ha introducido el debate acerca de la independencia de los Estados en el marco del proceso de descolonización iniciado a partir de la década de los sesenta.

#### V. CONCLUSIONES POR AHORA. EL PIÉLAGO O MAR ABIERTO DE LA GLOBALIZACIÓN

En 2012, el tema de las minorías aparece un tanto relegado de las ocupaciones académicas por el impacto de la crisis global.

<sup>53</sup> Para el estudio de la “autodeterminación” en Naciones Unidas, véase Gros Espiell, Héctor, *El derecho a la libre determinación*, Nueva York, Naciones Unidas, 1979, en *E/CN4/Sub.2/405/Rev.1*.

<sup>54</sup> Samir, Amin, *Class and nation, historically and in the current crisis*, Nueva York-Londres, Monthly Review Press, 1980, p. 19.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 21.

El propio Estado-nacional se vuelve poroso y deforme, atravesado por las corrientes globalizadoras: violencia, inseguridad, subdesarrollo y migraciones.

¿Volver al Estado-benefactor keynesiano? Así parece: redistribución del ingreso, control de capitales del narcotráfico, reforzamiento de las unidades regionales, capacidad de innovar.

Una democracia del conocimiento. El conocimiento creativo no se compra en las farmacias. En un mundo indeterminado e incierto solo el “saber” nos hará libres. La inteligencia creativa requiere de la lectura reflexiva y no de las copias de textos de antaño.

Innovar y aprender.

Para un buen navegante no hay mal tiempo.

## CONCEPTOS MÍNIMOS SOBRE LA SOBERANÍA

José BARRAGÁN BARRAGÁN

SUMARIO: I. *Presentación del tema.* II. *Sobre su sede.* III. *Sobre su objeto.* IV. *La soberanía y su ejercicio.* V. *Soberanía y Constitución.* VI. *Soberanía y federalismo.*

### I. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Me es muy grato y muy honroso poder participar con este modesto trabajo en homenaje al querido amigo José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. El tema que se estudia es el de la soberanía a la luz de los textos históricos, los cuales indican que la soberanía que demandan los pueblos, no los gobiernos imperialistas, es aquella que sólo dice capacidad para autogobernarse y que es propia de toda comunidad perfecta, como lo es México, como lo es Guatemala y, desde luego, como lo son nuestros pueblos aborígenes.

El tema sigue en estado de polémica y llama mucho la atención, lo mismo al especialista que al lector común, la falta de consensos con respecto al concepto y al significado mismo de la soberanía, no obstante que, en el fondo, se pueda apreciar una importante unanimidad sobre el valor mínimo de dicha soberanía y la diferenciación entre la soberanía como idea de dominación y la soberanía como simple capacidad para autogobernarse.

#### 1. *Expresiones más usadas*

La unanimidad, en efecto, se expresa diciendo que soberanía es poder: el poder del pueblo, el poder del Estado, el poder de la nación, el poder del soberano. Esta expresión de la soberanía como poder, se traduce sin mayores cambios, que los cambios propios de las diversas formas del lenguaje, a todas las culturas, o, más en particular, a todas las corrientes del pensamiento político.



Para no divagar mucho y nada más como ejemplo, recordemos que la cultura latina, que es la madre de muchos pueblos europeos y americanos de nuestro tiempo, emplea una gama muy rica y variada de expresiones, como las siguientes: *vis* o fuerza física, *auctoritas* o autoridad, *imperium*, poder o imperio, *potestas* o potestad, poderío o poder; *facultas* o facultad.

Estos vocablos, por otro lado, son acompañados de adjetivos usados en grado superior, tales como: *summa potestas*, que se traducirá como la más grande de todas las potestades; *summum imperium*, o el más grande de todos los poderes; *maxima auctoritas*, o la mayor de todas las autoridades.

De conformidad con esta cultura, que más tarde se diversifica y se encuentra en el origen de las lenguas románicas, la soberanía es una expresión usada para denominar el poder en grado superior, recordando que, como también lo reconoce la gramática, el grado superior admite un nivel de igualdad y un nivel de superioridad absoluta.

De esta forma, la soberanía en grado superior de igualdad es aquel poder supremo que tiene un Estado hacia su interior frente al mismo poder supremo que se reconoce a otros Estados. Mientras que la soberanía en grado superior absoluto sería aquel poder supremo que un Estado, por diversas razones, impone a otros Estados.

La conformidad doctrinal, o el consenso mínimo, al que antes nos referíamos, tiene que ver con estas ideas generales que venimos expresando de lo que significa mínimamente la idea de soberanía. Ahora bien, los referentes utilizados aquí están tomados de la cultura latina, que llegó a ser tan universal, como ahora lo es el término mismo de *soberanía*.

Después, cuando se quiere definir la soberanía, o cuando se quiere determinar su origen, su sede o lugar en donde reside o su alcance, ya no encontramos grandes consensos. Mucho menos encontramos consensos doctrinales cuando se habla de la soberanía de un Estado federal frente al tema de si los Estados miembros son o no soberanos, etcétera.

Nunca los especialistas se han puesto de acuerdo en las formulaciones doctrinales de la soberanía, de la misma manera que los políticos nunca se ponen de acuerdo sobre el uso y el alcance práctico del poder del Estado.

## 2. La soberanía de Rousseau

La Suprema Corte de Justicia mexicana y la doctrina mexicana en general, suelen reiterar la tesis de la consagración en México de las doctrinas de Rousseau sobre la soberanía, sin que jamás hayan avalado su dicho con prueba alguna, o con el manejo, mínimo siquiera, de la fuente requerida de información.

Esta tesis de la vigencia en México de la soberanía rousseauniana de la Suprema Corte, desde luego no está fundamentada sino en un argumento de autoridad, válido para el mundo limitado, y a ratos caótico, de la jurisprudencia sustentada por la misma Corte.

Por otro lado, me parece que Jorge Carpizo resume muy bien el estado actual de la doctrina mexicana sobre la soberanía cuando, después de citar el testimonio de Castillo Velasco acerca del significado de la soberanía en la Constitución de 1857, dice: “Como se ve la idea en 1856-1857, que pasó íntegramente a la Constitución vigente de 1917 no fue la concepción histórica francesa del siglo pasado, sino la idea de pueblo de Juan Jacobo Rousseau”.<sup>1</sup>

Jorge Carpizo nos advierte que la idea de nación, no es una idea que tenga un significado unívoco, ya que de hecho al significado “de nación se le otorgó un significado conservador, dice; lo usaron los contrarrevolucionarios franceses y los monárquicos de aquel entonces, quienes entendían por nación la historia del país, la cual tenía el derecho de permanencia, que impedía cualquier movimiento violento que pudiera romperla”.<sup>2</sup>

Por esta razón el autor citado insiste en que la idea de nación, o la idea de la soberanía nacional que se consagra en el artículo 39 del texto constitucional en vigor, no tiene nada que ver con la idea que tienen los contrarrevolucionarios franceses, sino con la idea de pueblo, en el pueblo de Rousseau: “La soberanía nacional reside en el pueblo, en el pueblo de Rousseau, en el pueblo que trabaja para su felicidad y reside esencial y originariamente”.<sup>3</sup>

La soberanía popular de Rousseau ha llegado a formar un gran movimiento dentro del pensamiento político del mundo occidental, de manera tal que, pasada la etapa del absolutismo propio del tiempo de Rousseau, se ha venido modificando para poner dicha soberanía al servicio de las democracias modernas, sin lograr acabar del todo con las tentaciones del Estado imperialista, de los gobiernos autoritarios y los mandatos indefinidos a nombre del pueblo. Pero la de Rousseau, es una de las varias doctrinas imperantes hoy en día, una doctrina calificada de totalitaria,<sup>4</sup> por las Cortes españolas de Cádiz.

<sup>1</sup> Esta cita está tomada del *Diccionario Jurídico Mexicano*, 10a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas 1997, bajo el desarrollo de la voz *Soberanía*, p. 2936.

<sup>2</sup> *Idem.*

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Cuando se sometió a debate el tema de la soberanía, efectivamente se produjeron varias críticas en contra de Hobbes y de Rousseau. Por ejemplo, Borrull decía: “Estas sociedades españolas se formaron no sólo por medio de aquella convención que equivocadamente admite Hobbes por única, que es la que hace cada uno con los demás” (sesión del 28 de agosto de 1811, p. 1715). Y Muñoz Torrero: “Así con una sola palabra se desechan todos

Frente a esta tesis de Rousseau, en efecto, existe, entre otras, la doctrina del Derecho de Gentes, clásica también y muy anterior al nacimiento de Rousseau. Veamos.

### 3. *La soberanía del Derecho de Gentes*

Los autores del Derecho de Gentes, españoles, italianos, franceses y alemanes, sin desatender mucho el problema relativo al origen del poder (sobre si viene de la divinidad o sobre si se origina en el interior de la misma comunidad) se preocupan más en subrayar las características democráticas de dicha soberanía.

Estas características son las siguientes: primera, la soberanía reside original, esencial o radicalmente en el pueblo, o en una comunidad perfecta; segunda, el pueblo o comunidad soberana nunca pierde ni se desprende de su soberanía, pero sí delega su ejercicio; tercera, la soberanía tiene que ver necesariamente y se define como la capacidad que tiene dicho pueblo para autogobernarse con libertad y con independencia, es decir, sin intromisión de alguna otra comunidad o pueblo, y cuarta, el ejercicio que un pueblo hace de la soberanía, se hace sin perjuicio del ejercicio que otro pueblo pueda hacer de esa misma prerrogativa.

Desde mi punto de vista, los comentarios más elevados y atinados sobre esta soberanía del Derecho de Gentes, los encontramos en sus creadores españoles, como Francisco de Vitoria, Francisco Suárez, Menchaca, De Soto, y los demás autores de la llamada Escuela Jurídica Española del siglo XVI, quienes escribieron siempre en latín, que es la fuente de donde están tomadas las expresiones latinas, que ya se han citado.

Ahora bien, la mejor aplicación política de estas teorías se dio en la obra de las Cortes españolas de Cádiz de 1810-1813 y en los debates de las asambleas neogranadinas y mexicanas del periodo de 1808 a 1830. Se trata, pues, de una corriente del pensamiento muy próxima, o muy propia de nuestra cultura jurídica.

los vanos sueños e hipótesis inventadas por algunos filósofos, para dar razón al origen y condición primitiva de los hombres, a quienes suponen en un estado salvaje o de ignorancia y barbarie" (sesión del 29 de agosto de 1811, p. 1725). Otro diputado, Iguanzo, decía: "¿Qué le sucedió al desgraciado pueblo francés por haberse adoptado los mismos principios? Díganlo las continuas mudanzas de gobierno y constitución por las que han pasado en pocos años, hasta caer, como era preciso que sucediese, bajo de la monarquía más despótica, después de haber sufrido aquel infeliz pueblo todos los desastres y furores de la tiranía democrática" (sesión del 29 de agosto de 1811, p. 1723). Las citas están tomadas del *Diario de Debates de las Cortes Constituyentes de Cádiz*, Madrid, edición de Genaro García, 1874.

Veamos qué es lo que se destaca en algunos de estos comentarios. Permítaseme citar tres pasajes clásicos de Francisco de Vitoria en su versión latina y su traducción al español hecha por nosotros.

El primer texto está tomado de las *Obras Completas* de Francisco de Vitoria,<sup>5</sup> y se encuentra, o se repite en varias de sus obras. Dice:

*“Potestas civilis, quae licet a natura ortum habeat, non tamen natura sed lege constituta est”*<sup>6</sup>

Este primer texto se refiere, por un lado, al origen del poder o soberanía y, por otro lado, al origen de la constitución de la organización permanente de una comunidad perfecta o del Estado.

En cuanto al origen de la soberanía, Vitoria acepta la hipótesis del origen natural, es decir, la soberanía tiene su origen en la naturaleza misma. Se entiende, en la naturaleza del ser humano y del grupo social humano. No viene, de manera inmediata, de Dios, (aunque Dios es el origen último de toda autoridad), sino que proviene de la naturaleza del grupo social humano.

Y respecto de cómo se llega a la organización de la sociedad o comunidad perfecta, o Estado, Vitoria aclara y precisa que ese grado de organización no se alcanza por la fuerza de la naturaleza, ni del ser humano ni del grupo social, sino que se llega por medio de la ley, es decir de un acuerdo previamente sancionado por la voluntad de todos, convertido en ley.

He aquí la traducción del texto citado:

*La potestad civil* (el poder civil o soberanía) *cuyo origen se puede conceder que esté en la naturaleza, no se llega a alcanzar por la naturaleza sino por medio de la ley.*

Francisco de Vitoria habla, según el contexto de la cita transcrita, de *potestas civilis* (potestad civil, o poder civil, o soberanía); aunque en otros pasajes emplea otras voces, como la de *auctoritas*, pero siempre se está refiriendo a una *Respublica perfecta*, o Estado.

La soberanía, pues, emerge de la propia sociedad, que se transforma y pasa a asumir alguna de las formas conocidas de Estado por obra de la ley, de manera que la expresión mejor y la más civilizada de todas las manifestaciones de la soberanía, es precisamente la ley, o pacto de organización, o *pactum societatis*, o *vinculum societatis*, en palabras de Francisco Suárez: “Los hombres se constituyen en sociedad cuando por común consentimiento se congregan en cuerpo político mediante un vínculo de sociedad”.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Preparada por Teófilo de Urdanox, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1960.

<sup>6</sup> Véase en el libro, *Obras completas*, cit., p.123 y 124.

<sup>7</sup> Esta cita puede consultarse en su obra *De legibus*, 1,3 c.4

El segundo pasaje tiene que ver con la definición que Francisco de Vitoria propone de una república y es como sigue:

*“Respublica temporalis est respublica perfecta et integra. Ergo non est subiecta alicui extra se, alias non esset integra. Ergo potest sibi constituere principem nullo modo in temporalibus alteri subiectum”*.<sup>8</sup>

Para la lengua latina de todas las épocas, la palabra *Respublica* equivale a la palabra Estado, no obstante que la organización del Estado pueda cambiar de una etapa histórica a otra. Francisco de Vitoria en la definición transcrita parece estar definiendo idealmente al Estado, a una organización perfecta. Esto es, podríamos decir que está definiendo al Estado moderno, al Estado tal y como se concibe, se organiza y actúa en nuestros tiempos. La simple traducción que hacemos a continuación nos lo demostrará:

*La República temporal, es una república perfecta e integra. Es decir, (es una república) no subordinada a nada o nadie fuera de sí misma, pues de otro modo no sería integra. Por tanto, (esta república) puede darse un gobernante o un príncipe (entiéndase un gobierno determinado) que bajo ningún punto de vista tenga que quedar subordinado, en las cosas temporales, a ningún otro gobernante o príncipe (entiéndase a ningún otro gobierno).*

El tercer pasaje guarda relación con lo que, para estos autores, sería la esencia de la soberanía, o la capacidad natural que tiene toda comunidad o grupo humano, alcanzadas ciertas y determinadas circunstancias, para autogobernarse de manera libre independiente y soberana, valga la insistencia. Lo citamos:

*“... et sublato comuni iure positivo et humano, non sit maior ratio ut, potestas illa sit in uno quam in altero, necesse est ut ipsa comunitas sit sibi sufficiens et habeat potestatem gubernandi se”*.<sup>9</sup>

La traducción de este pasaje también es muy elocuente de lo que significa, en esencia, la soberanía. Es ésta:

*Desde cualquier punto de vista del Derecho positivo y humano, no hay razón alguna para que esta potestad (poder o soberanía) resida o recaiga en una o en otra persona, sino que es necesario que la misma comunidad sea capaz y tenga la potestad (el poder soberano) para autogobernarse.*

Como se aprecia, la palabra clave es la de *potestas*, que se repite dos veces, de manera que nosotros podemos traducirla directamente usando la expresión potestad, o también usando la consagrada de soberanía, la cual reside en la misma comunidad, en cuanto tal.

<sup>8</sup> Véase *Obras completas, cit.*, p. 298.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 159.

Vamos a citar un texto más, muy afín del texto anterior porque expresa de manera más explicativa el juego de la soberanía y la democracia. Este texto en latín reza así:

*“Namque postquam respublica habet ius se administrandi et id quod facit maior pars, facit tota, ergo potest accipere politiam quam voluerit; etsi non sit optima, sicut Roma habuit aristocratiam, quae non est optima”*.<sup>10</sup>

He aquí su traducción:

*Porque, una vez que una República goza de esa capacidad para autogobernarse y aceptado que aquello que hace (o acuerda) la mayoría, se entiende que es hecho (o acordado) por toda comunidad, es lógico aceptar que esa comunidad puede darse el gobierno que quiera; aunque se trate de una forma de gobierno que no sea la mejor de todas, tal como sucedió en Roma, que (acordó) el gobierno de la aristocracia, que no es el mejor de todos.*

Vinculando estos dos últimos pasajes se aprecia mucho mejor en qué consiste la soberanía y cómo se enlaza necesariamente con el juego de la democracia, por un lado, y, por otro lado, también apreciamos cómo la idea de la soberanía es atemporal, esto es, no nació ayer, por así decirlo, porque es un derecho del hombre en sociedad, como dicen las Constituciones neogranadinas.<sup>11</sup>

#### 4. Su aplicación al derecho constitucional

Pasemos ahora a examinar las aplicaciones de estas teorías al terreno de la política, glosando brevemente el enunciado contenido en los artículos 18, 19, 20 y 26 de la Constitución de Tunja de 1811; así como el enunciado contenido en los artículos 3 y 13 de la Constitución española de 1812, que coinciden con el enunciado del artículo 39 de la Constitución mexicana vigente.

Veamos los enunciados de la Constitución de Tunja:

18. La soberanía reside originaria y esencialmente en el pueblo; es una, indivisible, imprescriptible e inenajenable.

19. La universalidad de los ciudadanos constituye el Pueblo Soberano.

20. La soberanía consiste en la facultad de dictar leyes, en la de hacerlas cumplir y aplicarlas a los casos particulares que ocurren a los ciudadanos, o en los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 128.

<sup>11</sup> Por ejemplo, la Constitución de Tunja de 1811 define lo que es la soberanía en su artículo 18, el cual se encuentra dentro de la *Declaración de los derechos del hombre en sociedad*, al lado por tanto de los diferentes enunciados de libertades y derechos consagrados en esta Constitución. Nosotros tenemos a la vista una reproducción de la publicación hecha por la imprenta de don Bruno Espinosa, en Santa Fe de Bogotá, en el año de 1811.

26: Todo gobierno se ha establecido para el bien común, para la protección, seguridad y felicidad del pueblo y no para el provecho, honor o interés particular de ningún hombre, familia o clase de hombres; así el pueblo solo tiene un incontestable, innegable e imprescriptible derecho para establecer su gobierno, para reformarle, alterarle, o absolutamente variarle, cuando lo exija la defensa, su seguridad, prosperidad y felicidad.

Los textos de la Constitución de 1812, decían:

Artículo 3. La soberanía reside esencialmente en la Nación, y por lo mismo le pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga.

Artículo 13. El objeto del gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen.

Veamos ahora el texto de la Constitución mexicana de 1917, actualmente vigente:

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Todos estos artículos expresan, en su esencia, lo mismo. Primero, se expresa el lugar donde reside la soberanía y la forma de relación entre esa sede y su origen. Se aclara que es una relación metafísica de necesidad, es decir, reside originaria y esencialmente en la nación.

Por otro lado, se aclara también que por nación se entiende a los habitantes asentados en un territorio dado, o a los individuos que la componen en palabras del artículo 13 gaditano, o a la universalidad de los ciudadanos, como dice la Constitución de Tunja, precisando que habla de los ciudadanos de la provincia de Tunja nada más.

En segundo lugar, se menciona que la soberanía, que dimana del pueblo, se instituye para su beneficio, o para su felicidad, porque el objeto del gobierno es la felicidad de la nación o de los individuos que la componen, o es el bien común.

Tercero, nos explican en qué consiste la soberanía: en la capacidad o en el derecho que tiene un pueblo para autogobernarse, es decir, para establecer sus leyes fundamentales y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga.

Y en cuarto lugar, la soberanía puede ejercerse de manera directa o por delegación de su ejercicio, o por representación. En los ejemplos citados, siempre se trata de un ejercicio por medio de la consiguiente representación.

Las variantes de uno y otro texto, solamente enriquecen la fórmula consagrada. El texto mexicano insiste en resaltar la manera radical y esencial de la vinculación de la soberanía con su sede, que repite *todo poder dimana del pueblo* y por ello ese pueblo tiene el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno, etcétera.

El texto español de 1812 habla de nación, concepto que se explica, como lo reitera el debate, por los elementos de la población asentada en un territorio determinado. Y, como vemos, incorpora la capacidad para darse sus leyes fundamentales (una expresión propia del Estado constitucional moderno) y de establecer la forma de gobierno que más le acomode.

Para enriquecer este planteamiento, transcribiremos seguidamente el enunciado del artículo 3 del Acta Constitutiva de la Federación de los Estados Unidos Mexicanos del 31 de enero de 1824. Decía:

Artículo 3. La soberanía reside radical y esencialmente en la nación, y por lo mismo pertenece exclusivamente a ésta el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes la forma de gobierno y demás leyes fundamentales que le parezca más conveniente para su conservación y mayor prosperidad, modificándolas o variándolas, según crea convenirle mas.

Como se aprecia, en esencia, contiene los mismos principios que hemos encontrado en el texto de Tunja de 1811; que luego recoge la Constitución de Cádiz de 1812, invocando, como advertimos, una misma doctrina.

El debate habido en Cádiz y en México en 1824 fue similar. Algunos de los diputados que participaron en los debates de 1824 en México, habían participado en los debates de Cádiz de 1812, como fue el caso de Guridi y Alcocer, o de Miguel Ramos Arizpe.

Por ejemplo, Guridi y Alcocer lo recordaba así:

Que desde que fue individuo de la comisión de constitución en las Cortes de España, propuso que se dijese que la soberanía reside *radicalmente* en la nación, para explicar no sólo que la soberanía es inenajenable e imprescriptible, sino el modo con que se halla en la nación, pues que ésta reserva la raíz de la soberanía, sin tener su ejercicio.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> Se trata de una intervención que hizo el diputado por Tlaxcala durante la sesión del 2 de enero de 1824, misma que puede leerse en nuestro libro *Crónicas del Acta constitutiva y constitución de 1824*, publicación de la H, Cámara de Diputados, México, 1974, 3 tomos. La cita en tomo I, p. 269.



Según podemos verificar, la proposición de Miguel Guridi y Alcocer no fue tomada en cuenta en Cádiz, pero sí fue incorporada al texto mexicano, el cual fue reforzado con el adverbio *esencialmente*.

¿Cómo debemos entender estos enunciados políticos de la Constitución de Tunja, de la Constitución española de 1812, así como de las Constituciones mexicanas de 1824 y el de 1917, ahora en vigor?

Al hablar de la palabra soberanía, se emplean expresiones como las siguientes: *suprema potestad*, en boca del obispo de Calahorra, diputado en Cádiz.

Guridi y Alcocer afirma que soberanía proviene de las palabras latinas *super omnia*, que significa *lo que está por encima de todas las cosas*, es decir, para el diputado tlaxcalteca, soberanía es la autoridad o es el poder que está por encima de todas las cosas.

También tenemos, tomadas de los debates, las expresiones siguientes: *la nación ha tenido en sí radicalmente la soberanía o poder de gobernarse* (sesión del 29 de agosto de 1811); *potestad pública civil, que pueda regir y gobernar a toda la comunidad perfecta* (sesión del 28 de agosto de 1811); *toda comunidad perfecta, como es la española, tiene en sí misma este principio o soberanía y el derecho para establecer sus leyes fundamentales* (sesión del 29 de agosto de 1811); *la soberanía es la potestad de gobernar*.

Veamos un comentario completo:

... que en una comunidad perfecta era necesario un poder a quien perteneciese el gobierno de ella misma, porque el pueblo, según sentencia del Sabio de los Proverbios, quedaría destruido faltando quien gobernase. De aquí se deduce ser una propiedad que dimana del mismo derecho natural del hombre esta protestad de gobernar, y que antes de elegirse determinada forma de gobierno reside dicha potestad en la comunidad o congregación de hombres, porque ningún cuerpo puede conservarse si no hay autoridad suprema a quien pertenezca procurar y atender al bien de todos, como se ve en el cuerpo natural del hombre, y la experiencia lo acredita también en el cuerpo político: la razón es porque cada uno de los miembros en particular mira a sus comodidades propias, las cuales son a veces contrarias al bien común...<sup>13</sup>

Veamos este otro comentario, del obispo de Lera, diputado también a las Cortes españolas de Cádiz, expuesto durante la sesión del 29 de agosto de 1811:

Toda comunidad perfecta, como es la nación española por derecho natural, tiene en sí misma este principio o soberanía y el derecho para establecer sus

<sup>13</sup> Véase en el *Diario de Debates de las Cortes Constituyentes de Cádiz*, cit., sesión del 28 de agosto de 1811, p. 1712.

leyes fundamentales, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga, como también para de terminar la persona o personas por quien quiere ser gobernada; porque el derecho natural que da por sí e inmediatamente este poder a toda comunidad perfecta, no le manda que ella lo ejerza por sí misma, sino que la deja en libertad de nombrar una persona que ejerza la soberanía, o que elija algunos sacados de los principales de la nación, o que, finalmente, se gobierne por toda la comunidad, lo que es muy fácil cuando este consiste en una sola ciudad, y de aquí las diferentes formas de gobierno monárquico, aristocrático y democrático.<sup>14</sup>

Joaquín Lorenzo Villanueva se expresaba de la siguiente manera:

Que sin perjudicar en nada el origen divino de la autoridad del rey, puede decirse que la recibe de sus mismos súbditos. Y esta doctrina no la hemos mendigado de extranjeros; la enseñan sabios teólogos y publicistas españoles de los mejores tiempos, como Alfonso de Castro, que en su libro *De potestate legis poenalis* dice que todos los príncipes legítimos, lo son por consentimiento del pueblo que por derecho natural le es concedida al pues lo la potestad de hacer las leyes; y que la ley es la recta voluntad del que hace las veces del pueblo.<sup>15</sup>

En abono de sus palabras, Joaquín Lorenzo Villanueva, a continuación cita a otros varios autores españoles, todos bien conocidos, como al célebre Vázquez de Menchaca y al Padre Mariana.

Durante los debates de los diputados mexicanos en 1823 y 1824, tenemos expresiones muy semejantes:

Juan Ignacio Godoy opinó que: “Los adverbios radical y esencialmente son muy importantes, porque las Cortes de Cádiz adoptaron este último para contener al poder real, advirtiéndole que debía su existencia a la nación”.

Y Manuel Crescencio Rejón habló del *derecho que tiene exclusivamente la nación para formar sus leyes fundamentales*.<sup>16</sup>

Citemos un ejemplo más, de otro mexicano, Miguel Ramos Arizpe, a propósito del debate habido en México sobre el mismo tema de la soberanía, que proponía el Proyecto de Acta Constitutiva:

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 1721.

<sup>15</sup> Se trata de una intervención hecha durante la sesión del 7 de octubre de 1811. Véase en el *Diario de las Cortes Constituyentes de Cádiz*, Madrid, edición de Genaro García, 1874, p. 2011.

<sup>16</sup> Véase en la obra ya citada, pues se trata de intervenciones que se dieron durante la misma sesión del 2 de enero de 1824.

Que la comisión había puesto de propósito las inmediatas y precisas consecuencias de la soberanía nacional, para grabarlas en los ánimos de los mexicanos, a fin de que nunca puedan ser sorprendidos por los déspotas.

Que consistiendo la soberanía en la suma de los derechos de los individuos que componen la nación, es visto que a solo ésta compete esencialmente la soberanía y que no la puede enajenar.

Que el expresar que las leyes se dan por medio de los representantes de la nación, es porque los pueblos no pueden hacerlo por sí mismos, y es preciso que observen el sistema representativo, que les conserva sus derechos, librándolos al mismo tiempo de los horrores de los tumultos y de la anarquía.

Que se pone exclusivamente para que nadie pretenda tener parte en las leyes, como sucedió en tiempo de don Agustín de Iturbide que tanto estrechó al congreso por el veto en la constitución.<sup>17</sup>

## II. SOBRE SU SEDE

Hoy en día, ni en el terreno de la doctrina, ni en el terreno de la práctica política existe mayor controversia, digamos, sobre cuál es o cuál debe ser la sede de la soberanía. Históricamente, en cambio, sí se presentaron serias y fuertes controversias tanto en términos de doctrina como en términos de prácticas políticas.

Efectivamente, en el curso de la historia se enfrentó a la doctrina de los papas de la Iglesia católica apostólica y romana, la que, basándose en una conocida expresión de San Pablo relativa al origen último del poder: *non est potestas nisi a Deo* (no hay poder alguno que no provenga de Dios), se autoconsideraba como legítima detentadora del poder que provenía de la divinidad, incluido el poder civil.

La tesis de San Pablo, al ser avalada por la patrística griega y latina, enraíza fuertemente en ambas culturas y cobró mucho auge en todos los dominios a que se extendía el poder papal, pero sin que pueda decirse que dejaron de conocerse también las ideas griegas y latinas sobre el origen popular de la soberanía, propuesto por Aristóteles, o por Cicerón y otros.

Sólo muchos siglos después se le opuso la llamada teoría regalista, defendida por los reyes, que querían liberarse de los dominios y de la influencia de los papas, partiendo precisamente de los planteamientos aristotélicos y diciendo que el poder civil, o la potestad civil provenía de manera inmediata de los hombres, organizados en sociedades perfectas o en Estados y que dicho poder no se recibía de la máxima autoridad de la Iglesia, sino del pueblo.

<sup>17</sup> Véase en la misma obra *Introducción al federalismo*, cit., p. 188.

Hoy en día, todos los enunciados sobre la sede de la soberanía coinciden en fijar dicha sede en el pueblo, concebido como una organización estable en un territorio determinado, acercando mucho los conceptos sociológicos de pueblo y de nación. Al menos, los debates parlamentarios aclaran que por nación se entiende a la población asentada en un territorio determinado.

Los mismos enunciados, al fijar en el pueblo la sede de la soberanía, destacan que ello es así por la esencia misma de las cosas. Es decir, se afirma y se subraya que la soberanía reside radical y esencialmente en el pueblo. En otras palabras, que la soberanía no es otra cosa sino la misma capacidad que tiene el pueblo para autogobernarse.

Y para fundamentar estas características, referidas a la forma en que la soberanía radica en el pueblo, se recurre al reconocimiento de la naturaleza sociable del ser humano y su carácter gregario, que lo impulsa a la formación de familias, de grupos sociales intermedios, hasta alcanzar la formación de las comunidades perfectas, o de las organizaciones llamadas Estados.

Así lo explica Aristóteles en *Política*; así lo explica la Escolástica tradicional; los autores de la llamada Escuela Jurídica Española; los fundadores del llamado Derecho de Gentes, y, desde luego, así se explica durante los debates de las Cortes de Cádiz de 1810-1813 y los habidos en México en 1823 y 1824.

La distinción entre nación constituyente y nación constituida se debatió ya durante la discusión del tema de la soberanía contenido en el artículo 30. de la Constitución de Cádiz. Y se presentó para poder distinguir adecuadamente lo que era la nación, o el pueblo, como sede de la soberanía, en sí misma considerada (idea de nación constituyente) y lo que era la nación una vez que se hubiera adoptado una determinada forma de gobierno (idea de nación constituida).

La nación constituyente, es una nación determinada, con nombre conocido, a la que se le reconoce capacidad intrínseca para autogobernarse; es decir, poder absoluto de autodeterminación. El obispo de Lera, por ejemplo, decía: “Confesemos, pues, que la nación en todo tiempo ha tenido en sí radicalmente la soberanía o poder de gobernarse”.<sup>18</sup>

Más adelante, en la misma intervención, añadía: “Toda comunidad perfecta, como es la nación española por derecho natural, tiene en sí misma este principio o soberanía y el derecho para establecer sus leyes fundamentales, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga”.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Véase su intervención, la cual tuvo lugar durante la sesión del 29 de agosto de 1811, en el *Diario de Debates de las Cortes Constituyentes de Cádiz*, cit., p. 1707.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 1721.

Como vemos, se trata de la misma doctrina que defendía Francisco de Vitoria en términos de filosofía jurídica, o en términos abstractos; doctrina que ahora los diputados a las Cortes de Cádiz, que venimos citando, la aplican al caso de España.

Precisamente por ello, cuando se pasa al ejercicio de dicha soberanía y, sobre todo, este ejercicio se hace por medio de representantes, para darse una forma determinada de gobierno; o para establecer sus leyes fundamentales, es decir, para elaborar y aprobar un texto constitucional, en ese momento, y aprobado dicho texto, se entra en la fase de nación constituida, que es la aclaración que inmediatamente hacen dichos diputados, en la forma siguiente:

... pero que el uso o ejercicio de este poder lo ha trasladado en un pacto solemne y jurado, a un monarca, que en el día es Fernando VII; y que hallándose se cautivo y por consiguiente imposibilitado del uso de la soberanía, la nación volvió a entrar en el ejercicio de ella, para conservarla a su legítimo rey y descendientes; por consiguiente, habiendo adoptado ya la forma de gobierno que más le conviene, y establecido las leyes fundamentales que le deben gobernar, bastaría decir en el artículo tercero: la soberanía reside radicalmente en la nación, y tildar todo lo demás.<sup>20</sup>

El diputado Aner y otros más hasta sumar 63 también solicitaron que esta última parte de dicho artículo fuera suprimida por estar convencidos que era innecesaria, ya que efectivamente, en su opinión, la nación ya había adoptado la forma de gobierno que más le convenía; frente a 87 diputados que aprobaron la idea de mantener el artículo tal como estaba para conservar la coherencia y el pensamiento completo.

De esta manera, vemos que la idea de soberanía queda vinculada de manera esencial o radicalmente con su sede, que es la nación misma, en cuanto comunidad perfecta, llegándose a insistir en que, no obstante que ya se hubiera adoptado la forma de gobierno deseada, la nación seguía siendo soberana y seguía manteniendo, o conservando en sí dicha soberanía, en contra de la teoría de Rousseau, como lo precisa el mismo obispo de Lera:

Pero constituida la nación y elegida la forma de gobierno, ¿reside en ella la soberanía? En absoluto diría Rousseau. Digo que reside, pero de diferente manera. Constituida la nación conserva en sí lo que es inseparable de toda perfecta comunidad civil, que es el poder radical para gobernarse y establecer

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 1707.

quién la gobierne, siempre que llegue el caso de que falte la persona o personas constituidas por la nación para su gobierno.<sup>21</sup>

Veamos la misma idea, ahora expresada en palabras del diputado Gallego:

Por lo mismo, esta sociedad, a pesar de haberse dado una constitución y cualesquiera que sean los privilegios, condecoraciones y facultades que por la utilidad de todos haya concedido en ella a alguno o algunos de sus individuos, cuando esta utilidad de todos exija que se le revoquen o disminuyan, tiene por necesidad derecho de hacerlo. Estas prerrogativas las concedió por el bien común voluntariamente, y por consecuencia puede cohartarlas por el bien común voluntariamente.<sup>22</sup>

Igualmente, en abono de estas mismas ideas, que tienen que ver con la posibilidad de recuperar el ejercicio directo de la soberanía, pudiendo deponer a los monarcas, García Herreros había recordado desde la sesión del 29 de diciembre de 1810 que en la tradición castellana y la aragonesa existía un proverbio muy famoso, que inclusive solía leerse durante la ceremonia de coronación de los monarcas, que decía: *Rex eris, si ius feceris, si autem non feceris ius, rex non eris*.

Y que, el diputado americano Mejía Lequerica, invocaba de la siguiente manera: “Nosotros que cada uno de por sí somos iguales a vos, y todos juntos muy superiores a vos”.<sup>23</sup>

Todo lo cual, añadimos ahora nosotros, nos lleva el encuentro con la opinión de Bodino, quien, al hablar también de la soberanía, cita este mismo proverbio atribuido a las prácticas del Reino de Aragón, de la siguiente manera: “*Nos qui valemos tanto como vos, y podemos mas que vos, vos elegimos re con estas y estas condiciones entra vos y nos, un que mande mas que vos*”.<sup>24</sup>

El mismo Joaquín Lorenzo Villanueva, sobre el mismo tema, decía:

Un célebre Vázquez de Menchaca hubo en tiempos de Felipe II, el cual en una obra dedicada a este Rey, tuvo ánimo para decirle que el pueblo, conservando siempre su soberanía, puede recobrar sus derechos primitivos, y quitarle al Rey la facultad de hacer leyes, aun cuando se la hubiesen concedido. Nada diré del padre Juan Mariana, porque todos saben hasta qué punto llevó esta doctrina suya de que del pueblo reciben los reyes su potestad. Omito citar

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 1721.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 1717 y 1718.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 253.

<sup>24</sup> Véase en el libro I, capítulo VIII, de su obra *La República*.

otros escritores nuestros de la primera nota, que acreditan ser esta doctrina recibida en España antes que la propagasen los publicistas extranjeros.<sup>25</sup>

Durante las sesiones del Congreso mexicano escuchamos parecidas expresiones. Los pueblos no tienen su ejercicio. En palabras de Guridi y Alcocer, la nación *no tiene su ejercicio*.

Lo mismo decía otro diputado, Ibarra: “Es imposible que la nación pueda reunirse en masa para deliberar, de ahí la necesidad de nombrar representantes”.<sup>26</sup>

El mexicano Marín también abundó en el mismo sentido, es decir, en que la nación mantiene ese poder de manera esencial y jamás se desprende de él. Y decía:

Que la doctrina contraria nos conducía a la monarquía absoluta...

Que contra esto no vale la autoridad de Rousseau, cuyas doctrinas, que aquí se han leído, son contradictorias y obligan a decir que es loca, porque después de presentar el cuadro magnífico de los derechos del hombre, hace que éste se despoje de todos a disposición de la sociedad, quedando así reducido a la esclavitud.<sup>27</sup>

Evidentemente se conoce la obra de Rousseau; se le cita y se le refuta, tanto entre los diputados mexicanos, como entre los gaditanos.

En suma, la idea de soberanía se encuentra esencialmente vinculada con su sede natural, que es la nación, o el pueblo, de manera tal que el pueblo nunca se desprende de dicha soberanía. No se puede afirmar que dicha sede se encuentre en una asamblea constituyente, salvo que se aclare que se encuentra en ella por representación y para su ejercicio, como se hace para las Cortes de Cádiz, según veremos líneas más adelante.

Indiscutiblemente, el poder o soberanía reside en el pueblo, como de raíz, o esencialmente, pudiendo, eso sí, delegar su ejercicio ya sea en una asamblea constituyente; para que a su vez pueda dividirlo y encomendarlo a los clásicos tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial; bien sea para distribuirlo en un orden federativo y en unos estados internos libres independientes y soberanos; o bien que escoja alguna otra forma de gobierno, según que más le convenga.

<sup>25</sup> Véase en *Diario de Debates de las Cortes Constituyentes de Cádiz*, cit., p. 2011.

<sup>26</sup> Véase en *Crónicas del Acta constitutiva y constitución de 1824*, cit., sesión del 7 de diciembre de 1823.

<sup>27</sup> Véase en la misma obra ya citada, tomo I, p. 208.

### III. SOBRE SU OBJETO

El objeto del gobierno, decía el artículo 13 de la Constitución de Cádiz “es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”. Al gobierno, como sabemos se le encomienda el ejercicio de la soberanía.

Así pues, a partir de esta idea, podemos decir que el objeto de la soberanía expresa el contenido material de la soberanía, o en qué consiste y cómo se manifiesta esa capacidad intrínseca para autogobernarse. Especifica cuáles son, no sólo las decisiones fundamentales, sino también los pormenores de las reglas del gobierno y, más en particular, de cada uno de los poderes constituidos. Expresa, dicho en otras palabras, los fines del ejercicio del poder soberano por parte de los órganos del Estado.

Al hablar del objeto de la soberanía, la doctrina destaca, no sólo las materias que comprende (objeto material), sino también los beneficios o los bienes metafísicos (objeto formal) inherentes a dicha soberanía.

La materia, objeto de la soberanía, tiene que ver con las decisiones fundamentales y con los pormenores de su regulación hecha por la propia asamblea constituyente. Determinar si se erige dicho pueblo en una república, en un imperio o en un reino; determinar si se opta por la forma federalista o por la de gobierno unitario, son actos de la asamblea constituyente de carácter soberano.

Como ya lo hemos señalado, el artículo 3o. de la Constitución de Cádiz de 1812 habla del establecimiento de sus leyes fundamentales y de adoptar la forma de gobierno, que más le convenga a la nación.

Por su parte, el artículo 3o. del Acta Constitutiva de los Estados Unidos Mexicanos del 31 de enero de 1824 siguió muy de cerca el texto español y se refiere al derecho de la nación para adoptar y establecer, por medio de sus representantes, la forma de gobierno y demás leyes fundamentales, que le parezcan más convenientes para su conservación y mayor prosperidad, por lo que podrá modificarlas o cambiarlas bajo ciertos criterios.

Por lo demás, el artículo 39 de la Constitución de 1917, ahora vigente en México, establece que el pueblo tiene en todo momento el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno y que todo poder público se instituye para su beneficio, que son los mismos conceptos que trae la Constitución de Tunja en sus artículos ya citados.

Vemos, pues, que el objeto material de la soberanía tiene que ver con las mismas decisiones fundamentales relativas a la forma de gobierno, así como con el reconocimiento de los principios fundamentales, como el de la independencia, el de la territorialidad soberana y otros varios principios, de



otra índole, como ocurrió en ciertas etapas históricas con el principio de la confesionalidad del Estado, por ejemplo.

En cambio, el objeto formal no varía nunca, ni podría variar, porque tiene que ver con el *beneficio del pueblo*, en palabras del artículo 39 de la Constitución mexicana; con la idea de *prosperidad*, como decía el Acta Constitutiva de 1824, o con la idea de la *felicidad de la nación*, en palabras del texto de Cádiz, ideas también recogidas en la Constitución de Tunja.

La libertad y la independencia son dos principios soberanos, son el objeto máspreciado de la soberanía. Más aún, sin ellos no habría soberanía. La integridad territorial, el dominio soberano sobre los espacios territoriales y aéreos son igualmente objetos necesarios de la soberanía: el territorio dado es el asiento de la población libre y soberana.

El optar por la forma de gobierno, de república representativa, popular y federal, tal como lo previene ahora mismo el artículo 40 de la Constitución mexicana, es también objeto de la soberanía. Para cambiar, por ejemplo, estas formas de gobierno, como sucedió en México en diciembre de 1835, se erigió una asamblea constituyente, la cual, después del debate de rigor, decretó el que México dejara de ser federal y se instauró un gobierno unitario.

Después, en los años de 1840 y 1843, otras asambleas constituyentes mexicanas debatieron el mismo tema de la forma de gobierno, porque había quienes insistían en que se regresase a la forma federativa, lo cual ciertamente ocurrirá, pero hasta 1847.

He aquí el camino correcto para debatir y, en su caso, variar y cambiar alguno de esos principios o decisiones fundamentales, que el pueblo se ha reservado, como objeto de un especial pronunciamiento, esto es, a través de una asamblea constituyente y no a través del poder revisor.

El territorio es sagrado también, porque tiene que ser libre e independiente. Además es sagrado por las modalidades, determinadas de manera soberana por la misma asamblea constituyente, de la llamada propiedad originaria de la nación; o por las modalidades determinadas por el poder revisor de la soberanía sobre el mar patrimonial, la rectoría del Estado en materia económica, o el principio de la economía mixta, entre otros principios.

Por supuesto, las decisiones fundamentales emanadas de la asamblea constituyente y que, además, figuran como una reserva formal de la soberanía, no podrán modificarse sino a través de una nueva asamblea constituyente. En cambio, las decisiones fundamentales que implementa el poder revisor, sí son susceptibles de ser modificadas por el mismo poder revisor, buscando siempre el mayor beneficio para el pueblo soberano.

El objeto de la soberanía, sobre todo el objeto formal, se puede enunciar también a través del estudio de los fines del Estado, ya que estos fines no podrán ir separados de la idea de que el poder soberano se instituye en beneficio del pueblo y se debe buscar la felicidad de la nación a través de su ejercicio. Más aún, dichos fines son simplemente unas determinaciones, o unas concreciones del objeto formal de la soberanía.

La doctrina política suele enunciar los fines del Estado de diferentes maneras. Por un lado, vemos cómo los textos antes citados claramente indican que el objeto del gobierno es el establecimiento del bien común, de la seguridad, de la prosperidad, de la felicidad.

Veamos también cómo lo enuncia un texto constitucional moderno, como por ejemplo, el de la Constitución Española de 1978:

Artículo 1.1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Artículo 10.1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social.

Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

No se pueden expresar mejor las cosas. Francisco de Vitoria decía que la organización de un pueblo no era una cuestión de la naturaleza, sino de la ley. Esto es, por usar las palabras del texto arriba transcrito, una cuestión del ordenamiento jurídico, que es la primera gran manifestación de la soberanía popular.

Y en el texto citado, se nos indica, no sólo cuál sea el fundamento último de la ley y del ordenamiento jurídico en su conjunto, sino también cuáles son los bienes fundamentales que tutela dicho ordenamiento jurídico, en torno a los cuales giran todas las actividades de las autoridades públicas.

Con mucha frecuencia, como vemos, estos fines se enuncian también usando los conceptos del llamado bien común, o expresando las obligaciones que asume el Estado para atender la satisfacción de las necesidades fundamentales del individuo, del grupo familiar y del nacional, organizado precisamente bajo una determinada forma de Estado, reconocida por terceros países.

El Estado nace por la ley, vinculado a la ley y con el mandato de hacerse cargo del cumplimiento de esos fines. El Estado, a través de sus poderes

públicos y autoridades, bien sea por sí mismo; bien sea asociándose con los particulares; o bien mediante la libre participación de los particulares, debe atender de manera necesaria dichos fines, sea cual fuere la forma en que se anuncien. Incluso, los debe atender aunque no tuvieran ninguna enunciación formal y escrita.

De hecho, pues, la doctrina de los fines del Estado, en cuanto objeto formal de la soberanía, es flexible respecto a la manera, o las maneras (el cómo) que se enuncian, así como en cuanto a los medios, según los cuales se les debe dar cumplimiento.

Sin embargo y frente a la flexibilidad doctrinal, de hecho cada asamblea constituyente los precisará en su caso y determinará la manera en que el Estado debe propiciar su cumplimiento. Es decir, cada asamblea constituyente nos dirá cuáles son esos fines y la forma en que debe alcanzarse el beneficio del pueblo.

Más aún, por ser tan importante esta materia, tenemos que reconocer que se trata de decisiones fundamentales y, por tanto, rígidas, a tal extremo que no permite que haya flexibilidad alguna sobre la obligatoriedad de darles cabal cumplimiento por parte del Estado.

Es decir, no pone esos fines en manos del Estado, como para que éste, de manera discrecional, pueda apartarse de las decisiones fundamentales, o las pueda cambiar, también a discreción, por otras distintas a las señaladas en la Constitución.

En México, por ejemplo, está prohibido el liberalismo de Estado. El Estado mexicano tiene obligatoriamente que buscar el beneficio del pueblo, tomando en cuenta, o usando los medios y los instrumentos señalados en la misma Constitución, en términos de decisiones fundamentales.

Veamos algunos ejemplos. El poder público, para que se entienda que beneficia al pueblo, se divide para su ejercicio en un ámbito federal, o poderes federales; en un ámbito de soberanía interna de cada una de las entidades locales, y en un ámbito municipal.

Todas estas materias pertenecen al campo de las decisiones fundamentales. Por tanto, resultan inaceptables y contrarios al beneficio del pueblo los procesos de concentración del poder en manos de la federación, por ejemplo, o del llamado presidencialismo; así como los procesos autoritarios y antidemocráticos, etcétera.

Otros ejemplos tienen que ver con el régimen de la propiedad originaria y las diferentes modalidades impuestas para el aprovechamiento, la explotación, la distribución y, en su caso, la comercialización de todos y cada uno de los recursos, que son objeto de dicha propiedad, según lo establecen, entre otros, los artículos 25, 26, 27 y 28 de la Constitución mexicana.

Esas modalidades, por ser decisiones fundamentales, no pueden ser cambiadas, no por el poder revisor, mal llamado poder constituyente permanente, ni muchísimo menos por algún gobierno de turno.<sup>28</sup>

#### IV. LA SOBERANÍA Y SU EJERCICIO

El pueblo siempre es una nación constituyente en el sentido en que se explicó por las Cortes españolas de Cádiz, o capaz de cambiar su forma de gobierno y sus leyes fundamentales, en todo tiempo y en cualquier momento.

Ahora bien, cuando llegue el supuesto en que dicho pueblo ya no pueda hacer uso directo de su soberanía, entonces necesariamente tendrá que aceptar la idea de la representación para su ejercicio.

Tendrá que *ceder* dicho poder; tendrá que *concederlo*; tendrá que *delegarlo*, por decirlo en expresiones que ya han sido usadas en los debates que, de manera muy abreviada, hemos venido citando, sin que dicha cesión, o dicha delegación pueda significar que el pueblo lo enajena, o que el pueblo pueda dejar de retenerlo, como una pertenencia radical y esencial, que no puede dejar de poseerse.

Autores, como Urdanoz, hablan de este fenómeno como “una traslación del poder desde la comunidad, en que originalmente reside, a los príncipes y gobernantes; y del imperativo del derecho natural de la comunicación de la potestad civil de la sociedad a los gobernantes que han de ejercerla”.<sup>29</sup>

Y por lo mismo, como hoy en día sucede, se recurre a la teoría de la representación para dicho ejercicio, desde el primer momento, en que se convoca a una Asamblea Constituyente para elaborar y, en su caso, aprobar, la correspondiente Constitución, hasta la configuración del llamado *Poder revisor*, mal llamado entre nosotros *Poder constituyente permanente*, pasando por la encomienda que se hace en abono a la teoría de la división de poderes.

<sup>28</sup> Desde la perspectiva impuesta por el sentido y el alcance de las decisiones fundamentales del constitucionalismo mexicano, los procesos históricos del pasado, o los procesos recientes y actuales de la venta de activos del Estado, o de activos de la nación, son procesos antipatrióticos, es decir, contrarios al beneficio del pueblo. Incluso, de hecho, más allá de la previsión formal de la Constitución, tales procesos han terminado malbaratando la riqueza pública de la nación y del Estado; han dismantelado los servicios y las obras públicas del Estado; y han empobrecido, hasta llegar a la miseria, a grandes segmentos de nuestra población; lo mismo que han puesto en bancarrota los sistemas de salud y de la seguridad social de los obreros (Instituto Mexicano del Seguro Social); y el de los trabajadores al servicio del Estado. Son los estragos de la implantación en México del neoliberalismo.

<sup>29</sup> Véase en la Introducción a las *Obras Completas* de Francisco de Vitoria, *op. cit.*, p. 128.

En conclusión, cuando no puede el pueblo ejercer la soberanía de manera directa e inmediata por sí mismo, instrumenta el ejercicio delegado de dicha soberanía por medio de sus representantes; delega su ejercicio; siempre se delega para su ejercicio.

### 1. *El ejercicio de la soberanía por una asamblea constituyente*

Esto es lo que sucede con las Cortes españolas de Cádiz; esto es lo que sucede con las asambleas constituyentes mexicanas; inclusive esto es lo que ocurre con las asambleas constituyentes de cada una de los 19 estados que firmaron el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824. Veamos algunos ejemplos de estas asambleas locales, por ser menos conocidas y porque, de paso, dichos ejemplos nos ayudarán a comprender mejor nuestro federalismo.

Veamos lo que, en estricta correspondencia, dice una Asamblea Constituyente al emitir o promulgar un texto constitucional: he aquí el caso del estado de Michoacán, cuya Constitución es del 19 de julio de 1825: “El congreso constituyente del Estado de Michoacán, usando de los poderes que por el hecho de su elección le confirió al efecto el pueblo soberano, decreta para su gobierno la siguiente constitución política”.<sup>30</sup>

En el estado de Nuevo León, se dice: “El Estado libre de Nuevo León, legítimamente representado en sus diputados constituyentes, establece y decreta en uso de su soberanía, para bien estar de los individuos y pueblos que lo componen, la siguiente constitución política”.<sup>31</sup>

He aquí lo que dice la Asamblea Constituyente de Oaxaca al promulgar la primera Constitución del estado, que es del 10 de enero de 1825:

Nos los ciudadanos representantes del Estado de Oaxaca, reunidos legítimamente en congreso constituyente, en el desempeño de la misión que hemos recibido de nuestros comitentes, y de conformidad con sus derechos y deseo, decretamos y establecemos para su buen gobierno y recta administración, la presente constitución particular del Estado de Oaxaca.<sup>32</sup>

La Asamblea Constituyente de Tabasco decía sobre este particular: “El congreso constituyente del Estado de Tabasco, deseoso de cumplir la voluntad de sus comitentes y llenar el fin de su instituto proporcionándoles su fe-

<sup>30</sup> Véase este texto en *Colección de Constituciones*, México, edición de la imprenta de Galván, 1828, t. II, p.3

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 164 y 165.

licidad, prosperidad y engrandecimiento, decreta para su gobierno interior la presente constitución”.<sup>33</sup>

Vamos a citar ahora el ejemplo de la Asamblea de Tamaulipas:

El congreso constituyente del Estado federado de las Tamaulipas, legítimamente reunido, a nombre del pueblo libre del mismo Estado que representa, en uso de los poderes que éste le confió, y en desempeño del objeto de su institución, invocando para el acierto al autor y legislador supremo de las sociedades, establece, decreta y sanciona la siguiente constitución política para el gobierno interior del propio Estado.<sup>34</sup>

La fórmula se repite en una y en todas las 19 Constituciones de esta primera etapa del constitucionalismo local mexicano.

Sobra decir que, de conformidad con esta doctrina y con estas prácticas, que son comunes, en cada una de dichas Constituciones a la hora de pasar a la determinación de la respectiva forma de gobierno, invariablemente se dirá que es la forma de gobierno *representativo*, además de republicano, popular federado.

Es tan interesante esta doctrina común acerca de la delegación del ejercicio de la soberanía, que reside en la nación, o en la reunión de los habitantes de cada Estado, que en varias de estas Constituciones locales expresamente se indica que con respecto a la federación delegan aquellas facultades que sean necesarias para dicho propósito federalista. He aquí algunos ejemplos.

La Constitución de Jalisco, cuyo estado inicia su proceso de independencia desde junio de 1823 y la mantiene aún haciéndole frente al ejército que se manda desde México para su pacificación, decía:

Art. 2. El Estado retiene su libertad y soberanía en todo lo que toque a su Administración y gobierno interior.

Art. 3. En los negocios relativos a la federación mexicana el Estado delega sus facultades y derechos al congreso general de todos los Estados de la misma confederación.<sup>35</sup>

La Constitución del Estado de Zacatecas, que hace causa común con el de Jalisco, otorgándole su apoyo militar, trae una fórmula muy parecida a la empleada por la Constitución de Jalisco. Decía:

<sup>33</sup> Véase en el tomo III de la obra citada, p. 104.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 167.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 264.

Art. 2. En todo lo que toca exclusivamente a su gobierno y administración interior, es igualmente libre y soberano.

Art. 3. Para mantener las relaciones con la unión federada el Estado de Zacatecas delega sus facultades y derechos al congreso general de todos los Estados de la federación.<sup>36</sup>

En parecidos términos se expresa la Constitución del Estado de Occidente, cuya Constitución, promulgada el 2 de noviembre de 1825, dice: “Art. 2. En lo que pertenece exclusivamente a su gobierno y administración interior es libre, independiente y soberano; y en lo relativo a la federación mexicana, el Estado delega sus facultades y derechos al congreso de la Unión”.<sup>37</sup>

La Constitución del Estado de Guanajuato, que fue promulgada el 14 de abril de 1826, decía:

Art. 1. El Estado de Guanajuato es la reunión de todos sus habitantes, es libre e independiente de todo otro Estado y de toda otra nación; y es soberano en lo que exclusivamente pertenece a su administración y gobierno interior.

Art. 2. Esta soberanía reside esencialmente en el pueblo, y su ejercicio en los supremos poderes del Estado.

Art. 3. El Estado delega sus facultades y derechos a los supremos poderes de la nación, en cuanto sea necesario al bien de toda ella, conforme al pacto federativo consignado en el Acta constitutiva y Constitución general.<sup>38</sup>

La Constitución de Coahuila y Texas, que fue promulgada el 11 de marzo de 1827, decía:

Art. 1. El Estado de Coahuila y Tejas es la reunión de todos los coahuiltejanos.

Art. 2. Es libre e independiente de todos los demás Estados Unidos Mexicanos, y de cualquiera otro potencia o dominación extranjera.

Art. 3. La soberanía del Estado reside originaria y esencialmente en la masa general de los individuos que lo componen; pero éstos no ejercerán por sí mismos otros actos de la soberanía que los señalados en esta Constitución y en la forma que ella disponga.

Art. 4. En los asuntos relativos a la federación mexicana el Estado delega sus facultades y derechos al congreso general de la misma; más en todo lo que toca a la administración y gobierno interior del propio Estado, éste retiene su libertad, independencia y soberanía.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 418.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pp. 330 y 331.

<sup>39</sup> Véase en la obra citada, t. I, p. 196.

Según podemos apreciar, se acepta la idea de la necesidad de delegar el ejercicio de la soberanía ante la imposibilidad del pueblo para ejercerla de manera directa e inmediata. Incluso, cuando se refieren a las relaciones con la federación, también se acepta la idea de una delegación de facultades y derechos, que son los términos usados por los textos arriba citados.

Y el constituyente no es el pueblo, sino una representación del pueblo, que hace uso del ejercicio de la soberanía del pueblo, precisamente para poder aprobar una Constitución, que el pueblo en su conjunto no podría aprobar nunca, por la imposibilidad de llegar a reunirse en un solo lugar para dicho efecto.

Tena Ramírez cuando afirma que una Asamblea Constituyente no admite limitaciones de afuera, sin duda está hablando en términos abstractos y, desde luego, haciendo referencia a la definición profunda de la soberanía, y descarta, en particular, las limitaciones de fuera de la comunidad o del Estado.<sup>40</sup> Por ello, se insiste, incluso, por el propio constituyente, en que ha recibido la plenitud de la soberanía; en que la soberanía reside en dicha Asamblea, de manera que, aún habiéndolas, esas limitaciones pertenecen al interior, y se llegan a procesar satisfactoriamente por la propia Asamblea.

Ejemplos de recepción de la plenitud de la soberanía nos los ofrecen los ayuntamientos del Reino de Nueva Granada hacia 1808, al tiempo en que recibieron las noticias de que Fernando VII se encontraba preso por Napoleón y de que la Península misma había sido invadida por el ejército francés.

Dichos ayuntamientos, como el de Santa Fe de Bogotá, el de Leyva o como el de Mariquita, fueron convocados para reuniones de cabildo abierto, es decir, de autoridades y el pueblo todo, para ponderar estas noticias y para tomar las decisiones que se creyeran más oportunas.

Ya reunidos, el de Santa Fe de Bogotá, resolvió reasumir la plenitud de la soberanía, como correspondía a las circunstancias; se pronuncia por la libertad y la independencia; se convoca a una asamblea constituyente y termina aprobando una Constitución de carácter municipal.

Todos esos ayuntamientos efectivamente se dieron su propia Constitución, en condiciones de ejercicio pleno de su soberanía, tanta que a muchos podría extrañar la existencia de esa clase de Constituciones, mismas que fueron coexistiendo con las provinciales e, inclusive, con las generales, que intentaron mantener unida a aquella inmensa región. Por ejemplo, el libro de *Actas de formación de juntas y declaraciones de independencia (1809-1822)* *Reales Audiencias de Quito, Caracas y Santa Fe*,<sup>41</sup> muestra los detalles de este mo-

<sup>40</sup> Véase este comentario del maestro Tena en su libro *Derecho constitucional mexicano*, México, 1944, p. 52.

<sup>41</sup> A cargo de Armando Martínez Garnica e Inés Quintero Montiel, Santander, 2007



vimiento y su generalización por lo que hace a la región que comprendía la jurisdicción de la Real Audiencia de Quito; a la que comprendía la Real Audiencia de Caracas y a la que comprendía la misma Real Audiencia de Santa Fe de Bogotá.

Estos diferentes textos perduran, pues, hasta mediados del siglo XIX y pueden consultarse en el libro de Carlos Restrepo Piedrahita *Constituciones de la Primera República liberal 1853-1856*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979.

Inclusive, también podemos encontrar, al momento de reunirse dichas asambleas constituyentes, proclamaciones formales de encontrarse legítimamente reunidas y de asumir la plenitud del ejercicio de la soberanía, en virtud de lo cual proceden a la rehabilitación de todas y cada una de las autoridades existentes y a demandar que se les preste el correspondiente juramento de obediencia. Esto hicieron las Cortes de Cádiz y el primer Congreso mexicano de 1822.

Para comprender el significado y el alcance en que dichas Cortes reciben la soberanía, basta con leer sus primeros decretos, por medio de los cuales comunica a toda la nación, primero, que se encuentran legítimamente constituidos los diputados convocados a dichas Cortes; segundo que las mismas Cortes se encuentran congregadas conformes en todo con la voluntad general, y tercero, que asumen la plenitud de la soberanía. Y, por ello, emiten una serie larga de órdenes, de la mayor importancia, entre las que destaca la orden de que el pueblo y todas las autoridades las reconozcan formalmente y les presten el debido juramento de obediencia.

Estas medidas se encuentran en el decreto del 24 de septiembre, fecha de su instalación, y en el decreto del 25 de septiembre de 1810.

Los diputados que componen este Congreso, y que representan la Nación española, se declaran legítimamente constituidas en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía.<sup>42</sup>

Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación española, congregadas en la Real Isla de León, conformes con la voluntad general, pronunciada de l modo más enérgico y patente...<sup>43</sup>

Dichas Cortes, con independencia del ejercicio pleno que asumen de la soberanía, también resolvieron reservarse el ejercicio particular del llamado Poder Legislativo en toda su extensión:

<sup>42</sup> Véase este texto en *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Generales y extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, Madrid, Imprenta Nacional, 1813, t. I, p. 1.

<sup>43</sup> *Idem*.

“No conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión”.<sup>44</sup>

Además precisan “que las personas en quienes se delegare el poder ejecutivo, en ausencia del Rey Don Fernando VII, quedan responsables a la Nación por el tiempo de su administración, con arreglo a sus leyes”.<sup>45</sup>

Después pasan las Cortes a hacer la habilitación formal para que el Consejo de Regencia, previo reconocimiento de la soberanía nacional de las Cortes y la emisión del correspondiente juramento al tenor del siguiente texto, que trae el mismo decreto: “¿Reconocéis la soberanía de la nación representada por los diputados de estas Cortes generales y extraordinarias? = ¿Juráis obedecer sus decretos, leyes y constitución que se establezca según los santos fines para que se han reunido, y mandar observarlos y hacerlos ejecutar?...”.

Al día siguiente, aquellas Cortes, a consecuencia del decreto emitido el día anterior, resolvieron que tendrían ellas el tratamiento de *Majestad*. Y, entre otra serie de medidas, rehabilitan a todas las demás autoridades del Reino, incluidas las autoridades eclesiásticas *y que hagan el reconocimiento y el juramento de obediencia a dichas Cortes en los pueblos de su residencia*.<sup>46</sup>

Aquí tenemos un magnífico ejemplo: estas Cortes son la representación de la nación española; en ellas reside la soberanía para su ejercicio, de manera plena, sin ninguna limitación de fuera, como dice el maestro Tena Ramírez<sup>47</sup> reside la soberanía en plenitud, siempre para su ejercicio, y por la vía de la representación.

Algo parecido tenemos en México. Su primer Congreso Constituyente se reunió en virtud de una convocatoria emitida por la llamada Soberana Junta Provisional Gubernativa.<sup>48</sup> Y se reunió el 24 de febrero de 1822.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> *Idem*.

<sup>45</sup> *Idem*.

<sup>46</sup> Esta información aparece ya en el texto del segundo decreto del 25 de septiembre de 1810, mismo que puede consultarse en la obra ya mencionada, pp. 3-5.

<sup>47</sup> He aquí el contexto completo de las palabras del maestro Tena: “Etimológicamente soberanía, significa lo que está por encima de todo (de *super*, sobre, se formó *superanía*, soberanía, palabra que según otros deriva de *super omnia*, sobre todas las cosas). Ese contenido es el que le hemos dado a la palabra soberanía: el poder que está por encima de todos es precisamente el que no admite limitaciones de afuera; tal poder sólo puede localizarse en el autor de la Constitución”. Este comentario está tomado de su libro *Derecho constitucional mexicano*, México, 1944, p. 52.

<sup>48</sup> Véase un estudio sobre el tema de la convocatoria de referencia en Barragán, José, *Introducción al federalismo mexicano*, México, UNAM, 1978, p. 3. Véase además el libro *Diario de sesiones de la Soberana Junta Provisional Gubernativa*, editado por la Imprenta de Valdés en México, 1822.

<sup>49</sup> También tiene su libro de *Actas de sesiones*, mismo que fue incorporado por nosotros a la *Colección de Actas constitucionales mexicanas*, reproducidas facsimilarmente en una edición hecha

Como hicieron las Cortes españolas de Cádiz, emite una declaración de principios, que se publica en su primer decreto, en el cual se recogen varias preguntas, como las siguientes:

El sr. Presidente mandó que se preguntase primero: si se declaraba instalado legítimamente el soberano Congreso constituyente mexicano; y hecha la pregunta por el secretario primer nombrado se respondió unánimemente que sí; segundo, ¿si la soberanía reside esencialmente en la nación mexicana? Y se dijo unánimemente que sí;

Y después de otras varias preguntas, el señor Fagoaga hizo la siguiente proposición, que también fue aprobada:

Aunque en este Congreso constituyente reside la soberanía, no conviniendo que estén reunidos los tres poderes, se reserva el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión, dejando interinamente el poder ejecutivo en las personas que componen la actual regencia, y el judiciario en los tribunales que actualmente existen o que se nombren en adelante, quedando uno y otros cuerpos responsables a la nación por el tiempo de su administración, con arreglo a las leyes.<sup>50</sup>

La verdad, como vemos, es que se sigue muy de cerca el ejemplo de las Cortes de Cádiz.

En México había también una regencia en funciones, encabezada por Agustín de Iturbide, así determinado por la Soberana Junta Provisional Gubernativa, la cual había preparado dos textos diferentes para el juramento, que debía prestarse, uno para los propios diputados convocados a dicho Congreso y el otro para la Regencia.

El texto del juramento de los señores diputados decía:

¿Juráis defender y conservar la Religión católica apostólica romana, sin admitir otra alguna en el Imperio? R. Sí juro. ¿Juráis guardar y hacer guardar religiosamente la independencia de la nación mexicana? R. Sí juro.

¿Juráis formar la constitución política de la nación mexicana bajo las bases fundamentales del plan de Iguala y tratado de Córdoba, jurados por la nación, habiéndoo bien y fielmente en el ejercicio del poder que ella os ha conferido, solicitando en todo su mayor prosperidad y engrandecimiento, y estableciendo la separación absoluta del poder legislativo, ejecutivo y judi-

por la UNAM, en México, 1980. El libro de Actas que ahora estamos citando figura como tomo II.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 8 y 9.

cial, para que nunca puedan reunirse en una sola persona o corporación?  
R. Sí juro.<sup>51</sup>

El texto de la Regencia, en su parte conducente decía:

¿Reconocéis la soberanía de la nación mexicana, representada por los diputados que ha nombrado para este Congreso constituyente? Sí reconozco. ¿Juráis obedecer sus decretos, leyes órdenes y constitución que éste establezca conforme al objeto para que se ha convocado, y mandarlos observar y ejecutar?...<sup>52</sup>

La lectura de estos textos, preparados, como hemos indicado, por la Soberana Junta Provisional Gubernativa, dan la impresión de estarles limitando a dichos diputados la plenitud de la soberanía, que han asumido. Es decir, no parece sino que su ejercicio está previamente limitado a aceptar el principio de la confesionalidad del Estado; o la forma monárquica de gobierno.

En efecto, en casos particulares, con mucha más frecuencia de lo que pensamos, dichas asambleas constituyentes, más allá de las proclamaciones formales de haber recibido la plenitud del ejercicio de la soberanía, de hecho se pueden ver limitadas por alguna circunstancia inevitable, digámoslo así.

Por ejemplo, en Cádiz, esa circunstancia particular se llamó forma monárquica de gobierno con Fernando VII, que era indispensable respetar. Otra circunstancia inevitable se llamó religión católica apostólica romana, etcétera.

Para el primer Congreso mexicano de 1822, la circunstancia invencible fue también la idea de constituir al país bajo la forma de imperio, que aceptó inicialmente; que rechaza después, para finalmente tener que disolverse sin poder darle la forma de gobierno que libremente hubiera acordado. Más aún, este Congreso tuvo que emitir un voto favorable al federalismo, por imposición también de las circunstancias.

Las limitaciones pueden establecerse en la misma convocatoria que se hace para la reunión de esa Asamblea Constituyente, tal como sucedió con el llamado segundo Congreso Constituyente mexicano, que comenzó sus sesiones preparatorias el 30 de octubre de 1823.

Fue en este Congreso,<sup>53</sup> en donde se presentaron diputados con serias limitaciones en sus respectivos poderes, impuestas por la ley de convocado-

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 1

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>53</sup> Este tema ha sido estudiado por nosotros con detenimiento en *Introducción al federalismo*, ya citado, a partir de la página 174.

ria expedida por Yucatán, por ejemplo, Michoacán, Zacatecas y por Jalisco, por referirnos a los supuestos estudiados por nosotros mismos en el libro *Introducción al federalismo*, publicado en 1978, fue en el llamado segundo Congreso Constituyente mexicano.<sup>54</sup>

Para estas fechas, varias provincias habían resuelto iniciar su proceso formal de transformación en verdaderas entidades libres, independientes y soberanas, dando origen así a la creación de los estados de Jalisco, Zacatecas, Yucatán y Oaxaca. Y, desde luego, las provincias de Centro América ya se habían desentendido de la primera idea de formar un gran Imperio junto con México.

El llamado primer Congreso Constituyente mexicano fue convocado mediante la siguiente fórmula de elección, prevista en el Decreto del 1 de junio de 1821: "... en consecuencia otorgan a todos y a cada uno poderes amplísimos para que constituyan a la nación mexicana del modo que entiendan ser más conforme a la felicidad general, afirmando las bases, religión, independencia y unión, que deben ser inalterables..."

Por lo que hace a la fórmula de otorgamiento de poderes limitados, tenemos en el caso de Yucatán la expedición del Decreto del 11 de septiembre de 1823, "para inteligencia y cumplimiento de la convocatoria, expedida por el de México", como reza el encabezado con que es publicado por el periódico *Águila Mexicana*.

El Decreto expedido en Yucatán contiene tan solo seis artículos y empieza permitiendo que a sus diputados se les otorguen los poderes amplísimos como indica la fórmula empleada en la convocatoria, "incluyendo, como cláusula esencial pronunciada por la voluntad general, la de que sólo pueden constituir a la nación bajo la forma de gobierno republicano", en palabras de su artículo 2o.

Mientras que sus artículos tercero y cuarto decía:

Art. 3. Que se comprenda igualmente en dicho poder la de que la Constitución federal que acuerden y formen con los demás diputados en Congreso constituyente reunidos, ni tendrá fuerza de ley en la nación hasta que los estados federados por una mayoría que deberá determinarse en la misma Constitución, no presten su espontánea ratificación.

Art. 4. Que comprenda así mismo la de que la organización y régimen interior de los estados confederados se reserva privativamente a sus congresos particulares, siendo atribución precisa y exclusiva de los supremos poderes, el arreglo y dirección de los intereses comunes de la nación.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> Estos textos pueden leerse en el periódico *Águila Mexicana* del 17 de octubre de 1823.

El decreto expedido en la ciudad de Valladolid, ahora Morelia, para la limitación de los poderes de sus diputados al referido Congreso Constituyente lleva la fecha del 7 de septiembre, anterior a la fecha de expedición del de Yucatán. En Valladolid, las limitaciones no son tan severas. He aquí lo que se expresa en el primero y segundo artículo:

Art. 1. La provincia de Valladolid está pronunciada expresa y terminantemente por el sistema de gobierno popular representativo federado, y b ajo esta forma y no de otra alguna quiere y debe ser constituida.

Art. 2. Dicha provincia encarga muy particularmente a sus diputados apliquen todos sus esfuerzos a fin de que esta declaración se haga con la mayor brevedad posible.

Más adelante, al encomendarle a su Diputación provincial la vigilancia de que se cumplieran estas limitaciones, precisa: “Y teniendo por regla general que esta provincia en la federación no quiere desprenderse de mayor parte de su libertad y demás derechos que aquella muy necesaria para asegurar la otra parte con que se queda”.<sup>56</sup>

En iguales o parecidos términos se limitaron los poderes en Jalisco y Zacatecas. Incluso, como sabemos, el tema de la limitación de estos poderes fue objeto de debate durante las juntas preparatorias, celebradas por dicho segundo Congreso Constituyente,<sup>57</sup> y en definitiva fueron aprobadas, a propuesta de una de las comisiones que los examinó. Se dijo:

Que efectivamente se han apartado de la letra de la ley los poderes de que se trata; pero que la comisión al proponer que se aprueben los poderes sin embargo de la restricción que tienen quiso evitar la revolución que de lo contrario estallarí a con perjuicio incalculable de toda la nación. Que no propone el que se apruebe todo lo que hay en los poderes, sino que prescinde de lo que se opone a la ley aunque está dentro de ella, como es la determinación de su sistema de gobierno, sistema que tiene a su favor los deseos de los pueblos. Que por tanto se debe aprobar el dictamen de la comisión.<sup>58</sup>

En suma, una cosa es la soberanía, definida en términos absolutos, que es como se enuncia en el artículo 39 de nuestra Constitución vigente, o en el

<sup>56</sup> Este Decreto fue publicado por el periódico *Águila Mexicana* del 23 de octubre de 1823.

<sup>57</sup> El lector puede ver los detalles de este debate en nuestro libro *Introducción al federalismo*, ya citado, a partir de la página 167, o ver directamente los pormenores del debate en nuestro libro *Crónicas del Acta constitutiva y constitución de 1824*, México, 1974.

<sup>58</sup> La cita se encuentra en la página 47 de nuestro libro *Crónicas del Acta constitutiva*, ya citado.

artículo 3o. de la Acta Constitutiva de 1824, o en el artículo 3o. de la Constitución de Cádiz. Y otra cosa, muy diferente, es su ejercicio, aun cuando se ejerza sin limitación alguna por las asambleas más legítimas y representativas del pueblo, sede de dicha soberanía.

Ninguna Asamblea Constituyente puede prescindir de las circunstancias del momento histórico que le haya tocado protagonizar, de manera que en su obra fundamental, que es la formación de un texto constitucional, muy probablemente quedarán incorporadas al texto constitucional muchas o algunas de esas circunstancias, convertidas en principios, o en ideas y valores fundamentales.

## *2. La soberanía y la división clásica para su ejercicio*

El tema de la división del poder, de su distribución, de su organización y funcionamiento hacia el interior de una nación ya constituida, al igual que todas las demás materias o temas incorporados al texto constitucional, queda como un tema propio del debate de la asamblea constituyente, en toda su profundidad y en toda su extensión.

La teoría de la división del poder, de su distribución definitiva, de su organización y funcionamiento es uno de esos temas que efectivamente se plantea, se discute y desde luego queda definitivamente resuelto por dicha asamblea constituyente. Vamos a reflexionar sobre ello.

Por supuesto que el poder, en estricto sentido, es inmaterial y como tal indivisible en el sentido en que son divisibles las cosas materiales. La soberanía es una y permanece indivisible en su sede natural, pero es posible delegar su ejercicio, como ya hemos visto.

Para su ejercicio, es clásica la teoría de la división del poder en tres grandes brazos, en los tres poderes clásicos, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en los términos expuestos por Montesquieu, por ejemplo.

Ahora bien, la división del poder puede formularse no de manera rígida, es decir como la recomendó Montesquieu, sino que pueden adoptarse fórmulas más flexibles, como para crear un cuarto poder, o un Tribunal Constitucional, o algún otro órgano autónomo constitucionalmente hablando.

Más aún, ese mismo poder, o soberanía, para su ejercicio, se puede distribuir en un orden federal y en unos estados internos, libres, independientes y soberanos, tal como se hizo para el caso mexicano desde la Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, o tal como se hizo para la Unión Americana, estudiada por Tocqueville.

Y, por último dentro de este apartado de la división del poder para su ejercicio, tenemos la configuración del llamado poder revisor de la Constitución, el cual también es considerado como un poder constituido y, por ello mismo, subordinado al texto constitucional.

Son muchos los ejemplos de la admisión en nuestro constitucionalismo de la teoría clásica de la división rígida del poder, para su ejercicio. Dicha teoría se encuentra consagrada en la Constitución de Cádiz; lo mismo que en el Acta Constitutiva de 1824 y en todas y cada una de las restantes Constituciones históricas y en la que actualmente está en vigor.

He aquí la forma en que estas teorías, relativas a la división del poder, para su ejercicio, se incorporan a los diferentes textos constitucionales.

#### *A. Según la Constitución de Cádiz*

La idea de la unidad del poder de soberanía se encuentra en el enunciado del artículo 3o., que ya conoce el lector. El principio de la teoría de la división del poder para su ejercicio se encuentra consagrado de la siguiente manera:

Art. 14. El gobierno de la Nación española es una Monarquía moderada hereditaria.

Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Art. 16. La potestad de ejecutar las leyes reside en el Rey.

Art. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.<sup>59</sup>

#### *B. Según el Acta y Constitución de 1824*

El principio de la unidad del poder, se enuncia en el artículo 3o. del Acta Constitutiva, que también ya conoce el lector; mientras que la teoría de la división de dicho poder se hace de la siguiente manera:

Art. 9. El poder supremo de la federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial; y jamás podrán reunirse dos o más de estos poderes en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un individuo.<sup>60</sup>

<sup>59</sup> Véase en Sevilla Andrés, Diego, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, Editora Nacional, Madrid, 1969, t. I, p.163.

<sup>60</sup> Véase en nuestro libro *Crónicas de la Acta Constitutiva y Constitución de 1824*, México, 1974, t. I, p. 28.



Art. 20. El gobierno de cada Estado se dividirá para su ejercicio en los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial; y nunca podrán reunirse dos o más de ellos en una corporación o persona, ni el legislativo depositarse en un individuo.<sup>61</sup>

Sobra advertir que ambos principios se repetirán en el texto de la subsecuente Constitución del 4 de octubre de 1824, en el artículo 6o. y en el 157 respectivamente.<sup>62</sup>

### *C. Según las primeras constituciones estatales*

Por ejemplo, en la Constitución de Coahuila y Tejas, que es del 11 de marzo de 1827, el principio de la unidad de poder o soberanía se define de la siguiente manera en su artículo 3o.: “La soberanía del Estado reside originaria y esencialmente en la masa general de los individuos que lo componen; pues éstos no ejercerán por sí mismos otros actos de la soberanía que los señalados en esta constitución y en la forma que ella dispone”.

La idea de la representación, además de lo que acabamos de ver que se establece en este mismo artículo, viene consagrada en el artículo 5o., que dice: “Por tanto, pertenece exclusivamente al mismo Estado el derecho de establecer, por medio de sus representantes, sus leyes fundamentales, conforme a las bases sancionadas en la Acta constitutiva y Constitución general”.

Mientras que el principio de la división de poderes de dicho Estado se encuentra en el artículo 39: “El poder supremo del Estado se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial, y jamás podrán reunirse estos tres poderes, ni dos de ellos en una corporación o persona, ni depositarse el legislativo en un sólo individuo”.<sup>63</sup>

Otro ejemplo lo tenemos en la Constitución del Estado de Durango, que fue promulgada el 1o. de septiembre de 1825 y la cual ciertamente no trae una definición de la soberanía. Se limita a decir que el estado de Durango es la reunión de todos los que pisan su territorio (artículo 1o.); es parte integrante de la confederación mexicana y que como parte es independiente, libre y soberano en lo que exclusivamente toca a su gobierno y administración interior (artículo 2o.), y sólo delega a sus representantes ante el Congreso General la facultad necesaria al desempeño de tan augusta función (artículo 3o.).

<sup>61</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

<sup>62</sup> Véase en la misma *Colección de Constituciones*, cit., t. I, pp. 37 y 89 respectivamente.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 204.

Después, el artículo 80. consagra la teoría de la división de poderes, para su ejercicio, diciendo: “Su poder supremo se divide para su ejercicio, según lo dispuesto en la Constitución general, en legislativo, ejecutivo y judicial, que nunca podrán reunirse en una sola corporación o persona, ni el legislativo depositarse en un solo individuo”.<sup>64</sup>

Veamos un ejemplo más, el de Guanajuato. Su Constitución es del 14 de abril de 1826. En ella encontramos el siguiente principio: “Art. 2. Esta soberanía reside esencialmente en el pueblo, y su ejercicio en los supremos poderes del Estado”.

Y, por lo que hace a la teoría de la división de poderes, ya anunciada en la misma definición de soberanía, que antecede, viene en los artículos 26 y 27:

Art. 26. El gobierno supremo del Estado se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.

Art. 27. Estos poderes jamás podrán reunirse dos o más en una corporación o persona, ni el legislativo de opositarse en un solo individuo.<sup>65</sup>

Los ejemplos podrían abarcar a las 19 Constituciones que se promulgaron en esta primera etapa histórica de la República mexicana y que son las que firman el Acta Constitutiva de 1824. Puede traer algún cambio de palabras en la fórmula empleada, o pueden no traer la definición expresa de la soberanía, pero no cambian para nada los principios. Se reiteran simplemente de uno a otro texto constitucional.

#### D. *Según los textos vigentes*

La Constitución vigente de 1917 consagra los mismos principios, en los mismos términos que los textos que hemos venido citando. La soberanía, como ya sabemos, se encuentra en el artículo 39; mientras que la división de poderes para su ejercicio, viene en los artículos 40, 41 y el 49.

Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y so-

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>65</sup> *Ibidem*, pp. 339 y 340.

beranos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Artículo 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los poderes de la Unión, en el caso de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto federal.

Artículo 49. El supremo poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29.

Como vemos, la secuencia de principios es ejemplar: ahí está primero el enunciado del principio absoluto de la soberanía, la cual reside en el pueblo; en segundo lugar, ahí está la idea del ejercicio de la soberanía por el principio de la representación, precisando que la Asamblea Constituyente es ya una instancia de representación; en tercer lugar, ahí está el principio de la división de poderes, que ya es clásica, y en cuarto lugar, ahí está también otro principio, el del federalismo mexicano, que se adopta para dividir también el poder soberano en dos grandes áreas, la federal y la estatal.

Miguel Ramos Arizpe lo dijo de la siguiente manera:

Que la comisión había puesto de propósito las inmediatas y precisas consecuencias de la soberanía nacional, para grabarlas en los ánimos de los mexicanos, a fin de que nunca puedan ser sorprendidos por los déspotas.

Que consistiendo la soberanía en la suma de los derechos de los individuos que componen la nación, es visto que a solo ésta compete esencialmente la soberanía y que no la puede enajenar.

Que el expresar que las leyes se dan por medio de los representantes de la nación, es porque los pueblos no pueden hacerlo por sí mismos, y es preciso que observen el sistema representativo, que les conserva sus derechos, librándolos al mismo tiempo de los horrores de los tumultos y de la anarquía.

Que se pone exclusivamente para que nadie pretenda tener parte en las leyes, como sucedió en tiempo de don Agustín de Iturbide que tanto estrechó al congreso por el veto en la constitución.

No se hace mención del federalismo por parte de Ramos Arizpe, porque el debate de este tema aún no se había presentado.

## V. SOBERANÍA Y CONSTITUCIÓN

La misión primordial de una Asamblea Constituyente es la de escoger la forma de gobierno que más convenga para la organización y funcionamiento del Estado de que se trate, por decirlo en esos términos, o de la nación, o comunidad de que se trate. Es una tarea muy difícil y compleja, la cual se lleva a cabo, como bien sabemos, mediante el proceso de elaboración, discusión y aprobación del texto constitucional.

Todas las asambleas constituyentes trabajan, hablando en general, de la misma manera. Al margen de las formalidades, nosotros vemos cómo se convierten en cabildos abiertos, tal como sucedió con el ayuntamiento de México y los ayuntamientos neogranadinos en 1808, o en asambleas deliberantes, a las que se llevan las ideas y los conocimientos del pasado, lo mismo que las ideas y los conocimientos del presente. Las ideas provenientes de la propia cultura o provenientes de culturas ajenas y los propósitos para el futuro. Muchas veces se advierte rebeldía y afloran ideas revolucionarias; se da la osadía para introducir innovaciones. Lo importante es contribuir a la formación de dicha Constitución.

Todas las Constituciones escritas, por otro lado, guardan referencia a un formato bien conocido, cuyo centro está ocupado por el poder. Es indiscutible que la mayor parte del texto constitucional gira siempre en torno al poder y todo hace referencia al poder.

Ya en particular, la tarea es cómo definir ese poder y cómo organizarlo. También sabemos bien que el pueblo, en tiempos de la modernidad, jamás podría hacer uso directo del mismo, por lo que la teoría de la representación para su ejercicio llegó para quedarse, como suele decirse.

Esto significa que la Asamblea Constituyente de referencia sea ya un buen ejemplo, o una genuina concreción de dicha representación. Y, lo que es más importante, como la propia Asamblea tampoco puede ser permanente, tendrá que recurrir, a su vez, a las bondades de la misma teoría de la representación para organizar y determinar el diario ejercicio del poder, siempre en beneficio del pueblo y siempre por vía de la delegación.

Para nosotros, el debate de estas cuestiones es lo más interesante. La información que se maneja resulta invaluable para el historiador, para el estudioso en general, lo mismo que las prácticas parlamentarias y los comportamientos que se siguen.

En el seno de estas asambleas nacen o se recrean, antes que en los manuales escolares y en los libros de texto, los pormenores de la teoría del poder; de las teorías de la representación y de la democracia; de las teorías de los derechos y las libertades públicas; de las teorías de la división de dicho

poder, y todas las demás teorías de la administración pública, de la administración de justicia, o de las teorías propiamente de la Constitución, acentuándose ya desde un inicio, el carácter de su supremacía e intangibilidad.

¿Qué hace la Asamblea Constituyente con el poder o soberanía?

Lo primero que hace, como ya lo hemos visto, es asumir la plenitud de la soberanía, para conducirse con absoluta libertad e independencia, de manera que, aún habiéndose presentado limitaciones, éstas serán manejadas con esa misma absoluta libertad e independencia, ya sea que se acepten o que se rechacen. No hay ni puede haber limitación alguna proveniente de afuera, como indica el maestro Tena Ramírez.

A continuación, debate su definición, o las ideas que implica; luego, debate si se deposita en una sola persona o corporación para su ejercicio, o si se acepta la teoría de su división, siempre para su ejercicio; por último, pasa a determinar los pormenores de su organización y funcionamiento.

Al final, aparece la Constitución como la gran obra de la Asamblea. Y efectivamente lo es, formando un todo, pleno de soberanía, pleno también de racionalidad, hablando en general.

Es un todo bien tramado, bien organizado, bien articulado, como una verdadera obra de la razón humana, en donde cada una de sus partes ocupa el lugar que debe ocupar; en el que cada una de sus partes cobra pleno sentido y tiene a su favor la misma legitimidad soberana que tiene el todo. Es decir, en palabras tontas, en una Constitución, todo es constitucional.

Por tanto, una vez que haya sido aprobada una Constitución y haya sido ratificada por el pueblo, mediante algún *referéndum*, o mediante el debido juramento de obediencia, tal Constitución se convierte en una expresión legítima y genuina de la soberanía del pueblo mismo. De ahí que el carácter de su supremacía y de su intangibilidad sea indiscutible.

Ahora bien, una cosa es que la Constitución sea la expresión genuina de la soberanía, y otra cosa, muy diferente, es que se diga que, una vez que el pueblo la ejerció, dicha soberanía reside exclusivamente en la Constitución, tal como lo afirma el maestro Tena Ramírez. Dice, en efecto:

Lo expuesto nos lleva a la conclusión de que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la Constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan. Advertirlo así, es el hallazgo de Kelsen. “Sólo un orden normativo —dice— puede ser soberano, es decir, autoridad suprema, o última razón de validez de las normas que un individuo está autorizado a expedir con el carácter de mandatos...”<sup>66</sup>

<sup>66</sup> Esta cita se encuentra en su *Derecho constitucional mexicano*, cit., p. 11.

Nuestra crítica se reduce al extremo en que se afirma que, ejercida la soberanía por el pueblo, dicha soberanía residiría exclusivamente en la Constitución, porque se están confundiendo gravemente los conceptos. Una cosa es la sede de la soberanía y otra cosa, muy diferente, su ejercicio, y una tercera cosa diferente a las dos anteriores, es la forma en que se manifiesta o se expresa el ejercicio del poder soberano. Veamos.

La sede de la soberanía está en el pueblo; éste puede o no puede ejercerla de manera directa. En todo caso y de conformidad con la doctrina antes expuesta por los diputados ya citados, el pueblo nunca se desprende de dicha soberanía, ya que solamente transferirá su ejercicio a una asamblea constituyente, que elabora y aprueba el texto constitucional, siendo éste una simple manifestación de dicha soberanía y en donde se determina la forma en que, para su ejercicio, se divide dicho poder soberano.

Para recomendar la idea de la supremacía de un texto constitucional en un ordenamiento jurídico determinado, que es de lo que habla Kelsen, no hace falta ir al extremo de decir que dicha soberanía reside exclusivamente en la Constitución.

## VI. SOBERANÍA Y FEDERALISMO

Ya sabemos que el tema del federalismo es por sí mismo complejo y difícil; siempre lleva consigo una serie de problemas, sobre todo si lo relacionamos con el tema de la soberanía. Tratemos de plantearlos brevemente.

### 1. *Los problemas que se plantean*

En el caso de México, aunque la mayoría de la doctrina no lo aprecia así, lo federal es considerado una forma de gobierno. Por tanto, se trata de un principio para distribuir el poder público en dos grandes áreas, la federal y la de los Estados.

Quienes sostienen que es una forma de Estado, automáticamente tienen encima el pesado problema de resolver si en México se acepta la teoría de la soberanía única, y el problema de determinar a quién le corresponde, si al Estado federal o a cada uno de los estados miembros, o si, por el contrario, la teoría prevalente es la de las dos soberanías.

Los problemas que se plantean a partir de estas consideraciones son muy graves y muy difíciles. Yo no pretendo que los autores cambien de opinión. Me limito a tratar de entender dichos textos y a explicarlos dentro de su propio contexto histórico.

Los textos constitucionales de carácter federal siempre han dicho que lo federal en México es una forma de gobierno, sin perjuicio alguno de haberse aceptado por el segundo Congreso Constituyente la existencia de severas limitaciones en los poderes de muchos de sus diputados, o sin detrimento de la preexistencia de las proclamaciones soberanas de algunos Estados, hechas con anterioridad a la firma del Acta Constitutiva del 31 de enero de 1824, que da origen al nacimiento formal del Estado mexicano.

## 2. *El federalismo forma de gobierno*

Para ilustrar lo expuesto, veamos cómo efectivamente todos los textos federalistas han dicho, sin excepción, que lo federal es una forma de gobierno.

Así pues, la forma jurídica, que fue la primera en el tiempo en este proceso histórico de formación del federalismo mexicano, tal vez fue el *Voto del primer Congreso Constituyente* aceptando que hubiera una federación, que era lo exigido por algunas diputaciones, ya constituidas en estados, y algunas otras que estaban en proceso de su autotransformación. Este *Voto* lleva fecha del 12 de junio de 1823 y decía:

El soberano Congreso constituyente, en sesión extraordinaria de esta noche, ha tenido a bien acordar que el gobierno puede proceder a decir a las provincias estar el voto de su soberanía *por el sistema de república federada*, y que no lo ha declarado en virtud de haber decretado se forme convocatoria para nuevo Congreso que constituya la Nación.<sup>67</sup>

He aquí la primera caracterización de lo federal como forma de gobierno, que es como lo estaban demandando los Estados ya proclamados en libres, independientes y soberanos y las diputaciones provinciales que estaban iniciando el mismo proceso de autotransformación.

En efecto, las limitaciones impuestas a los poderes de sus diputados, que ya conoce el lector, son otros tantos ejemplos de cómo lo federal se piensa y se exige como una forma de gobierno.

Con todo, el ejemplo más explícito y de mayor relevancia no puede ser otro sino el que contiene la Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824. Sin duda, la forma jurídica más importante de todas, la más solemne, la de mayor rango dentro de la jerarquía normativa, anterior en el

<sup>67</sup> Véase por la comodidad en nuestro libro *Introducción al federalismo*, cit., p. 174. Énfasis añadido.

tiempo y formalmente superior a la Constitución que luego vendría (el 4 de octubre de 1824) y que debía acomodarse al Acta.

Esta Acta, que se presenta bajo la forma de una Constitución abreviada, es nada más y nada menos que el Pacto de federación. Es un documento por medio del cual se formaliza la voluntad de los Estados, que ya existían con anterioridad, de constituirse bajo la forma de una federación. Son 19 estados.

Antes de esta Acta no había federación evidentemente. Más aún, casi diríamos que no había ni nación, toda vez que la gran geografía del intento de imperio iturbidista, desde Nuevo México hasta la frontera con Panamá, estaba en proceso de definición: Chiapas, por ejemplo, tomó su rumbo hacia la mexicanidad a fines de 1823.

Por ello, el federalismo mexicano, al contrario de lo que se afirma, unió lo que quedaba de una inmensa extensión territorial en descomposición política completa y que tan solo tuvo, como ideal, la creación de un fabuloso imperio, que Iturbide no supo consolidar.

La federación, en cuanto acuerdo o pacto de voluntades, nació con el *Acta Constitutiva*, como sucede con todas las entidades, que el derecho crea como personas morales. Pero no nace la nación mexicana, ni el Estado mexicano, por virtud de esta *Acta*.

La nación mexicana o el Estado mexicano no es producto del Constituyente que aprueba el Acta, sino que es producto de hechos y decisiones políticas de diversa naturaleza.

La nación mexicana tiene su propio proceso histórico de formación, que comienza con las Actas de Independencia, pues hubo varias en esa región del gran Anáhuac de 1821; con la reunión del primer Constituyente y el intento de formar un gran imperio; pero también con el proceso de desincorporación del referido ideal imperial por parte de las mismas diputaciones provinciales, que lo intentaron respaldar, dando pie a los procesos de formación de éstas en Estados libres y soberanos, tanto por el rumbo de Centroamérica cuanto por el rumbo del altiplano y el extremo norte.

Queda muy claro que el proceso de formación de la nación mexicana, del Estado mexicano, es un proceso esencialmente diferente del proceso de adopción de la forma unitaria, que tomaron los países centroamericanos, después de los escarceos federalistas, y es esencialmente diferente del proceso de adopción de la forma federal que adoptará esta misma nación mexicana.

Por eso el Acta Constitutiva se llamó así, y por eso mismo fue suscrita por todos los diputados en su carácter de representantes de sus respectivos Estados, tal como puede apreciarse en la versión original que se conserva



en el Archivo General de la Nación, reproducida facsimilarmente en muchas ocasiones, tal como lo hicimos nosotros en nuestro libro *Crónicas del Acta Constitutiva y de la Constitución de 1824*.<sup>68</sup>

La entidad, pues, que creó dicha Acta, es una entidad moral o ficticia, en el sentido de que es una creación del derecho, que nunca debió confundirse con lo que es la nación mexicana, ni con lo que es el Estado mexicano, tal como se confunde en los criterios de algunos de nuestros constitucionalistas, lo mismo que del propio poder revisor.

Desde luego que, en cuanto personas morales por comparación con la persona física, necesitan no sólo una sede o domicilio, sino también una voluntad y, de hecho, todas las personas morales, llámense sociedades, asociaciones, sindicatos o federaciones, tienen su domicilio y su voluntad, conforme lo ordene su propia norma de creación.

Así ocurre con la entidad llamada federación mexicana, que siempre ha tenido un domicilio (que puede cambiarse cuando el Congreso lo decida) y una voluntad. El domicilio o sede ha sido siempre, desde 1824, la capital de la nación.

Ahora bien, para formar su voluntad, se echó mano de la teoría de la división de poderes y se precisó que esa voluntad no se formalizaría en una asamblea general, tal como acontece en las sociedades y asociaciones, sino en la existencia de tres poderes, exactamente conforme a la teoría clásica, como los poderes de un Estado.

He aquí lo que ha confundido a nuestros estudiosos. Opinan, dejándose arrastrar por las sencillas apariencias, que la entidad federal, por formalizar su voluntad al amparo de la teoría de la clásica división de poderes del Estado, de hecho y de derecho es una misma cosa que el Estado.

Y sobra añadir que esta falacia se ha convertido, no sólo en el elemento de la discordia entre nuestros constitucionalistas y, en general, entre los estudiosos de nuestro federalismo, sino que, además, se ha convertido en el catalizador más potente de las tendencias unionistas y centralizadoras a lo largo de la presente centuria.

Tanto es así que, en estos momentos, puede reconocerse, sin exagerar, que el Estado mexicano, pese a su forma federativa, aparece mucho más centralizado que los países unitarios que han sido siempre fuertemente centralistas, como Francia y no digamos España y su proceso de regionalización.

Debemos releer dicha Acta y, sobre todo, el debate que estos temas plantearon, para entender que México emerge en el plano mundial como

<sup>68</sup> México, H. Cámara de Diputados, 1974.

nación soberana, es decir, como Estado libre, independiente y soberano, como el resto de Estados de la comunidad internacional, tal como vemos que lo están declarando los primeros artículos de esta misma Acta, y que la federación es nada más lo que une a dichas entidades internas. Veamos:

Art. 1° La Nación Mexicana se compone de las provincias comprendidas en el territorio del virreinato llamado antes Nueva España, en el que se decía capitánía general de Yucatán, y en el de las comandancias generales de Provincias internas de Oriente y Occidente.

Art. 2° La Nación Mexicana es libre e independiente para siempre, de España y de cualquier otra potencia; y no es ni puede ser patrimonio de ninguna familia ni persona.

Art. 3° La Soberanía reside radical y esencialmente en la Nación, y por lo mismo pertenece exclusivamente a ésta el derecho de adoptar y establecer por medio de sus representantes, la forma de gobierno.

Art. 5° La Nación adopta para su Gobierno la forma de República representativa popular federal.

Art. 6° Sus partes integrantes son estados independientes, libres y soberanos, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, según se detalle en esta Acta y en la Constitución General.

La elocuencia de estos enunciados es muy superior a la arbitraria interpretación de nuestros constitucionalistas: ahí están perfectamente diferenciadas las ideas; ahí está el concepto de nación, el del Estado, y las ideas relativas a la forma de gobierno; ahí está lo federal reducido a un problema de distribución y de organización del poder público en México, exactamente tal como ahora lo disponen los artículos 39 y 40 de la Constitución vigente.



# UNA REVALORACIÓN DE LA CARTA MAGNA DE 1824 EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL MEXICANA

Francisco José DE ANDREA SÁNCHEZ

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*. II. *El sistema republicano implantado en 1824 y su evolución*. III. *Consideraciones finales*.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

En este ensayo de corte histórico —que constituye la aportación al libro homenaje en honor al doctor José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes— se busca recordar la gestación de la Constitución de 1824 para utilizarla en el 2011, su ideario original y el espíritu subyacente a sus grandes aportaciones, como una herramienta para entender mejor la realidad política mexicana y para acelerar los cambios conceptuales y prácticos necesarios para restaurar —bajo nuevas condiciones— los conceptos que describen a la República mexicana como *representativa*, democrática y *federal*, no sin antes hacer algunas breves precisiones históricas, conceptuales y contextuales.

## II. EL SISTEMA REPUBLICANO IMPLANTADO EN 1824 Y SU EVOLUCIÓN

### 1. *Marco histórico que antecede a la Constitución de 1824*

En 1808 las tropas francesas habían invadido España, lo que produjo una gran intranquilidad en la Nueva España donde, en medio del caos, se decidió la reunión del Cabildo de la ciudad de México, cuyo síndico era el licenciado Primo de Verdad. Éste expresó en dicha junta que la soberanía radica en el pueblo y había sido delegada en el rey, pero “hoy, que ya no hay rey, la soberanía regresa nuevamente al pueblo originario, que es un concepto real”. En términos prácticos, lo anterior significaba que la soberanía regresaba no al pueblo de España, sino al de la Nueva España. Sin temor a

equivocarse, se puede afirmar que esta idea fue el preludio del movimiento de Independencia de México. Tan lo entendieron así los españoles que, al terminar la Junta de Cabildo, Primo de Verdad fue arrestado y, días después, ahorcado.

Posteriormente, en la madrugada del 16 de septiembre de 1810, inició el movimiento de Independencia en Dolores. Si bien Hidalgo tuvo el mérito indiscutible de activarlo de manera irreversible, las ideas sociales y de justicia jurídicamente estructuradas en documentos constitucionales elaborados en juntas o congresos correspondieron en una primera etapa a Ignacio López Rayón, quien redactó los *elementos constitucionales*.

La idea que impulsaba a Rayón era que podía hacerse la independencia de México para después ofrecer el trono a Fernando VII; perdía con ello de vista que la lucha del pueblo mexicano no era contra los franceses que habían invadido España. Con el fracaso de la Junta de Zitácuaro, Rayón empezó a perder fuerza dentro del movimiento y tomó el mando José María Morelos quien, con un pensamiento más visionario y jurídicamente viable, convocó al Congreso de Chilpancingo. Su misión fue dotar a México de una Constitución, para lo cual Morelos entregaría sus *Sentimientos de la Nación*, un proyecto de vanguardia que trascendería hasta la *Constitución de Apatzingán* de 1814, conocida también como el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana.

Fue así como el Congreso de Anáhuac, con base en los *Sentimientos de la Nación* de Morelos, elaboraría la primera constitución hecha por mexicanos; aunque como se sabe que ésta no estuvo en vigor ni un solo día, fue un esfuerzo loable en la consolidación de la independencia. Mientras funcionaba el citado Congreso en Chilpancingo, la ciudad fue rodeada por Callejas; el Congreso tuvo que salir e instalarse en Apatzingán, donde se promulgó la Constitución el 22 de octubre de 1814.

La *Constitución de Apatzingán* creó un Poder Legislativo muy fuerte; los legisladores duraban dos años en el cargo y eran electos por votación popular indirecta, a la manera de la Constitución gaditana. En contraposición al Legislativo fuerte, el Ejecutivo se quiso débil: Morelos no deseaba que los destinos de la nación fueran conducidos por una sola persona, y decidió crear un Ejecutivo colegiado, formado por tres personas. Cuando Morelos comprendió que la Constitución de Apatzingán había sido hecha precipitadamente, se estableció que sería provisional y se convocaría a otro congreso constituyente, el que elaboraría la constitución definitiva.

Como ya se adelantó, la Constitución de Apatzingán no tuvo vigencia, ya que el ejército de Morelos nunca pudo dominar al país entero y las luchas de independencia hicieron imposible que entrara en vigor.

Al tiempo que los anteriores acontecimientos se desarrollaban en México, España estaba invadida por los franceses y el trono vacante. España inició su propio movimiento independentista y en 1814 subió al trono Fernando VII, quien desconoció la vigencia de la *Constitución de Cádiz*, que limitaba al rey.

De 1814 a 1820, España fue una verdadera caldera de intranquilidad, debido al desconocimiento de la Constitución, lo que provocó el surgimiento, en 1820, del movimiento denominado “levantamiento de Riego”. Éste, con un grupo de soldados, se apoderó del palacio y obligó al rey a jurar nuevamente la Constitución de Cádiz; del 31 de mayo de 1820 al 24 de febrero de 1822 se restableció su vigencia en Nueva España.

Este segundo periodo de vigencia inquietó al clero mexicano que, ante el corte liberal de la Constitución gaditana, que afectaba los privilegios de la iglesia, decidió apoyar la causa independentista. El 24 de febrero de 1821 Iturbide promulgó su famoso *Plan de Iguala*, que consumaba la independencia de México, reconocía como única religión tolerada la católica, ratificaba todos los fueros y privilegios de la Iglesia y ofrecía el trono de México a Fernando VII o algún otro infante de la casa de Borbón.

Ante esta situación, España envió como virrey potencial a don Juan de O'Donojú, quien a su llegada comprendió que la independencia de México era ya un hecho consumado y firmó los *Tratados de Córdoba*, el 24 de agosto de 1821, donde se estableció que México se estructuraría como un imperio y que, si Fernando VII u otro infante de la casa de Borbón no aceptaba el trono, las Cortes mexicanas designarían al emperador.

Por otro lado, se creaba una junta provisional gubernativa, cuyas funciones serían fungir como cuerpo legislativo consultivo, crear una regencia y convocar a un congreso constituyente. En España no se reconoció la independencia de México, porque O'Donojú había sido enviado para gobernar como virrey y, por tanto, no tenía facultades para celebrar tratados y menos sobre la independencia. Por ello, quedó abierta la posibilidad de que Iturbide fuera nombrado emperador ante la negativa de Fernando VII u otro infante a aceptar el trono.

De acuerdo con los Tratados de Córdoba, la regencia convocó a un Congreso Constituyente, instalado el 24 de febrero de 1822, de donde derivó, con una muy fuerte presión del ejército, el nombramiento de Iturbide como emperador. Una vez investido, éste recibió noticias de que fragatas españolas se acercaban a Veracruz con el fin de reconquistar México, y envió a hacerles frente a Antonio López de Santa Anna. Éste, mediante el *Plan de Veracruz*, decidió desconocer al emperador y pedir su abdicación, convocar a un nuevo congreso constituyente y dar a México otra forma de gobierno y

otra Constitución. Enterado Iturbide de la rebelión de Santa Anna, intentó combatirlo inútilmente, hasta que se firmó el *Acta de Casamata*, que ratificaba el Plan de Veracruz.

Ante la presión de dicho Plan, Iturbide decidió reinstalar el Congreso y presentó su abdicación al trono de México. El Congreso no la aceptó, con el argumento de que Iturbide nunca había sido legalmente emperador, pues se le había obligado con la fuerza y en forma ilegítima a hacer el nombramiento. Derrotado el imperio y exiliado Iturbide, México se encontró ante el vacío jurídico y la necesidad urgente de estructurarse constitucionalmente para darse una forma de gobierno, lo que se logró hasta 1824, después de varias tentativas, a través de la disolución del Congreso Constituyente y la convocatoria a un segundo congreso, para dotar por fin a México de una Constitución.

## 2. *La Constitución de 1824: su gestación y la lucha de centralistas vs. federalistas*

La pugna entre los liberales federalistas y los conservadores centralistas constituyó la constante fundamental de la política del país durante el siglo XIX; según el grupo o partido que detentaba el poder se iba determinando asumir una organización centralista o una federalista. Fue bajo este contexto, que la Constitución federalista del 4 de octubre de 1824 estableció en México los elementos fundamentales del sistema presidencial norteamericano, aunque complementados con algunas instituciones emanadas de la Constitución de Cádiz. Enumeró además, con toda precisión, las facultades del Congreso y del presidente de la República. El Poder Ejecutivo se depositó en una sola persona; cada entidad federativa enviaría al Congreso federal, a través de la legislatura local, dos candidatos a la presidencia de la República, uno de los cuales no debía ser nativo del estado. Llegados los nombres al Congreso federal, se haría un recuento de los votos; quien obtuviera la mayoría, sería declarado presidente. El sistema resultó muy perjudicial, pues se nombraba vicepresidente al opositor, quien se dedicaría, de hecho, a maquinarse para derrocar al presidente. Por otro lado, el Poder Judicial se depositó en una Suprema Corte de Justicia, en tribunales colegiados de circuito y en jueces de distrito.

## 3. *La Constitución de 1824: contextualización conceptual*

La citada dinámica de autodeterminación, a su vez, lleva al concepto de la soberanía popular, construcción intelectual novedosa propia de la nueva

era y que implicaba en términos simplificados el desplazamiento de poder de un solo hombre —el monarca— a la totalidad de la comunidad —el pueblo—<sup>1</sup> aunque dicho desplazamiento puede verse también como un proceso en el que la soberanía en realidad simplemente volvía al pueblo.<sup>2</sup>

En este escenario convulso y sometido a veces contradictoria y confusamente a corrientes y doctrinas ideológicas enfrentadas —monarquía y república, centralismo y federalismo, liberalismo y conservadurismo— la Constitución de 1824, surge como respuesta inmediata al fracaso de la monarquía moderada de la breve etapa de Iturbide, y como un movimiento que contempla al republicanismo esencialmente como un movimiento liberal adoptando una modalidad más radical que en España la cual busca romper tajantemente con el pasado en un proceso lógico que de manera simplificada implica un freno al poder real u omnímodo<sup>3</sup> consagrando una nueva estructura política que establezca otros poderes divididos, y por ende, creando un poder legislativo necesario para el funcionamiento de un gobierno representativo del pueblo, y en el cual éste deposita la soberanía a través una voluntad general, todo ello en un contexto en que coexistían aún, después de la independencia, una diversidad de leyes expedidas después de la misma con algunas normas y prácticas españolas<sup>4</sup> y en una etapa en que México pasa de una monarquía con un príncipe español, al efímero imperio de Iturbide para auto-proponerse finalmente una República representativa y federal.<sup>5</sup>

Ahora bien, la gran cuestión que concentró la atención en el Congreso de 1824, fueron los debates de la contienda centralista-federalista, que habrían de resolver en definitiva, y, hasta la fecha, la forma de gobierno que se adoptaría por la joven nación y que perduraría esencialmente hasta la actualidad. En este sentido, conviene recordar —citado por Rabasa— a José María Luciano Becerra, quien en un voto particular sobre el proyecto de Acta Constitutiva, afirma que “la voluntad general de la nación era la de constituirse en una república federada”.<sup>6</sup>

De esta manera, sin duda, la gran decisión del Constituyente de 1824 fue la adopción del federalismo de tal manera, que los vocablos “repúbli-

<sup>1</sup> Rabasa, Emilio O., *Evolución Constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina, núm. 194, 2004, p. 88.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 88.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 94.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 96.

<sup>5</sup> *Idem*.

<sup>6</sup> Rabasa, Emilio O., *Evolución Constitucional de México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina, núm. 194, 2004, p. 88.



ca, representativa y popular, del artículo 5o. del Acta Constitutiva, que aparecen en el 4o. de la Constitución de 1824, fueron aceptados casi por unanimidad”.<sup>7</sup>

De esta forma, la “República” mexicana tuvo originalmente 2 descriptores esenciales de su naturaleza, que fueron los de ser: (a) una *República representativa* y (b) *federal*, puesto que la república centralista sólo podía representar el engaño y retroceso a una autocracia republicana y antidemocrática.<sup>8</sup>

Cabe hacer un paréntesis para resaltar una de las aportaciones que constituye el tema a tratar, a saber que la implementación del federalismo republicano en México —como bien dice Rabasa y habría que recordarle a algunos gobernadores y jefes de gobierno de la actualidad— tendía a evitar un problema mayor, que era el de caer en una “dictadura republicana”.

En el anterior sentido, la República federal, para los Constituyentes de 1824, fundamentalmente para el gran Ramos Arizpe, implicaba la necesidad de que la propia estructura de división de poderes adoptada por el gobierno federal a nivel nacional fuese reflejada a manera de espejo en cada una de las entidades federativas que componían la República mexicana.

De esta manera, el artículo 20 del Acta Constitutiva y el 157<sup>o</sup> de la Constitución de 1824, garantizaban la forma republicana representativa y popular de gobierno para cada estado, principio era de vital importancia no sólo en aquella época sino en la actualidad en la que habría que recordarlo tratándose de los debates que tuvieron lugar en la Cámara de Diputados sobre la polémica reforma de 2004 al artículo 122 constitucional, en términos de que el Distrito Federal participe en la proporción que las demás entidades federativas en el gasto destinado al sostenimiento de la educación básica obligatoria.

En definitiva, lo que en la actualidad algunos parecen haber olvidado o nunca han sabido es que el concepto de república —malentendido— puede encerrar peligros autoritarios que le son particulares, y, por ello, es útil recordar que la adopción del gobierno representativo y federal en 1824, requiere actualmente que todas y cada una de las entidades federativas —incluido el Distrito Federal— sean autosuficientes bajo el verdadero espíritu republicano y federalista en el que no habría lugar para subsidios injustos que privilegiaran a alguno de los integrantes del pacto federal republicano por encima de los demás.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 112.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 116.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Paradójicamente, en el 2011, el espíritu de la República representativa y federal plasmado con originalidad visionaria en la carta magna de 1824, sigue vigente y sirve para facilitar el tránsito de un Ejecutivo antes hegemónico, de 1929 a 2000, y, en la actualidad, de 2000 a 2011, paralizado debido a su debilidad tanto estructural e inevitable tras la alternancia, como personal —sin proyecto legislativo ni interlocución con el congreso y habiendo dilapidado su poder original— a un poder legislativo que se desea ver robustecido de inmediato.

El análisis nostálgico de la Constitución de 1824, tratándose del sistema republicano, sirve para recordar que la confusión histórica y la falta de precisión conceptual pueden conducir que por la vía de la demagogia se intente desvirtuar el espíritu del segundo concepto descriptor de la República mexicana; es decir, *el federalismo*.

Para que el federalismo sea una realidad, no debe caerse en la “mutación” aberrante de la “república monárquica”, como quisieran algunos ejecutivos locales el seguir disfrutando de subsidios presupuestales a costa de las restantes entidades, olvidando que el sistema que se tiene dado es el de la república federal con entidades autónomas que contemplan en su ámbito local una división de poderes *real* que no esté sometida a la sombra de un neo absolutismo republicano —contradicción en términos si la hay—.



# MARCO REGULATORIO DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA EN MÉXICO

Pedro Alfonso LABARIEGA VILLANUEVA\*

El acuerdo de libre comercio. Tiene que ver  
más con atraer inversión extranjera que Mé-  
xico necesita.

*The Economist*<sup>1</sup>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Marco normativo internacional de la IED*.  
III. *Marco normativo nacional de la inversión extranjera directa*.

## I. INTRODUCCIÓN

En el escenario de la globalización<sup>2</sup> en el que estamos inmersos, y en el que  
campea ufana la interdependencia, considerar la normatividad jurídica re-

\* Investigador por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

<sup>1</sup> Seis de octubre de 1999, p. 86.

<sup>2</sup> El *Diccionario de la Lengua Española* define globalización como “la tendencia de los mercados y las empresas a extenderse alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales”. El término “globalización” se refiere a un conjunto de procesos sociales y económicos. Incluye el crecimiento del comercio mundial, el surgimiento de las economías asiáticas, la creciente integración de los mercados financieros internacionales y la supuesta transferencia de mano de obra industrial a los países en desarrollo. También hay formas no económicas de la globalización que afectan al mundo de las ideas, observable por ejemplo en la homogeneización de la cultura mundial. Nuestro propósito aquí se centra solo en el aspecto comercial; véase Fligstein, N. y Merand, F., “Globalization or Europeanization? Evidence on the European Economy since 1980”, *Acta Sociologica*, vol. 45, núm. 1, 2002, pp. 7-22. En tal virtud, Horst Köhler opina que “la globalización no solo tiene una dimensión económica, sino que abarca problemas que trascienden al ámbito de la economía: los problemas del medio ambiente, las enfermedades contagiosas y el crimen organizado ya no respetan las fronteras nacionales”, en *Hacia una mejor globalización*, Discurso de aceptación del título de Profesor *Honoris Causa* de la Universidad Eberhard Karls Tubinga, 16 de octubre

guladora de la inversión extranjera directa (IED), resulta no solo un obligado marco de referencia, sino un análisis imprescindible para ubicar y comprender mejor la función que aquélla desempeña, amén de que un marco legal proporciona seguridad jurídica, no solo al empresariado nacional, sino también al inversionista foráneo.

La proliferación de conexiones de todo tipo entre los países es un acontecimiento irrefutable, que tiene como origen, entre otros, el devenir de la economía internacional, la cual se ha encaminado hacia la conformación de “esquemas regionales de comercio o bloques”, cuya solidez radica, en gran parte, en el comercio y la inversión.<sup>3</sup>

Ciertamente, la mundialización de los mercados y de las empresas, el crecimiento del sector terciario de la economía y la especialización en las nuevas estructuras de la cadena productiva generan el flujo de capitales, el cual cada día va en aumento hasta dominar el intercambio económico.

El Fondo Monetario Internacional ha expresado que “La globalización es una interdependencia económica creciente del conjunto de países del mundo, provocada por el aumento del volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de tecnología”.<sup>4</sup>

De ahí que los países del orbe han establecido una serie de reglas para permitir que la IED incursione en sus economías con el fin de consolidar la planta productiva y tecnológica de las naciones. Es muy importante, pues,

de 2003, en <http://www.imf.org/external/np/speeches/2003/101603s.htm> - 42k - HTML. Streeten, P. (en “Integración, interdependencia y globalización”, *Finanzas y Desarrollo*, p. 37), expresa que “naturalmente, el comercio sólo es una —no la más importante— entre muchas manifestaciones de la interdependencia económica. Otros son el flujo transfronterizo de los factores de producción —capital, tecnología, empresas y diversos tipos de mano de obra— y el intercambio de activos, la adquisición de derechos jurídicos, y los flujos internacionales de información y conocimientos”. Por su parte, Estefanía, J. (“El fenómeno de la globalización”, en *10 palabras clave sobre la globalización*, Navarra, Verbo Divino, 2002, p. 20), conceptúa la globalización como “un proceso de naturaleza política, económica y cultural por el cual las políticas nacionales tienen cada vez menos importancia y las políticas internacionales, aquellas que se deciden en centros más alejados de la vida cotidiana de los ciudadanos, cada vez más”).

<sup>3</sup> Álvarez Soberanis, J., “Los servicios financieros en el TLC y la nueva Ley de Inversión Extranjera”, *Jurídica*, México, núm. 25, UIA, 1995, p. 57.

<sup>4</sup> Definición obtenida de Estefanía, Joaquín, *Hij@ ¿Qué es la globalización? La primera revolución del siglo XXI*, Aguilar, 2002, p. 2. Al respecto, comenta el propio Estefanía: “quizá sea la definición más científica, pero no la más exacta, porque hace de la globalización un asunto meramente económico, lo que es reduccionista”; *idem*, “El fenómeno de la globalización”, en Tamayo-Acosta, J. J. (dir.), *Diez palabras clave sobre globalización*, Navarra, Verbo Divino, 2002, p. 19.

que tengamos presente el marco normativo que rige la IED, ya que de esta forma los inversionistas extranjeros, al conocer las reglas del juego, tendrán un panorama más claro para decidir si concurren a un determinado país o a otro.

Los renglones siguientes los habremos de ocupar para referirnos a las fuentes legales internacionales y nacionales que regulan la IE en nuestro país, sin que desconozcamos que existen e importan las fuentes institucionales, las cuales, no examinaremos en este ensayo.

Antes de abandonar este párrafo introductorio nos parece oportuno señalar qué se entiende por inversión extranjera (IE). Una idea aproximada expresa: “Es la que realizan las personas extranjeras, sean físicas o morales, en sociedades mexicanas y la realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero”.

En el ámbito internacional, según el *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*,<sup>5</sup> “La inversión extranjera directa (IED) refleja el interés de largo plazo por parte de un inversionista en una empresa residente en otra economía diferente a la del inversionista; el interés de largo plazo implica la existencia de un grado significativo de influencia en el manejo de la empresa que recibe la inversión directa; se considera IED cuando el inversionista adquiere el 10% o más de las acciones con poder de voto de la empresa residente en otra economía diferente a la del inversionista”.

El Tratado de Libre Comercio de América del Norte o TLCAN recoge un concepto de inversión bastante extenso, de modo que incluye prácticamente cualquier transferencia de recursos hacia el territorio de algunas de las partes. De ahí que la inversión ha de incluir tanto la participación accionaria en sociedades establecidas como los préstamos matriz-subsidiaria y aquellos cuyo plazo sea mayor a tres años, bienes raíces, propiedad intelectual, etcétera.<sup>6</sup> En efecto, el tratado considera como inversión

a) una empresa; b) acciones de una empresa; c) instrumentos de deuda de una empresa...; d) un préstamo a una empresa...e) una participación en una empresa que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; f) una participación en una empresa que otorgue al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que éste no derive de una obligación o un préstamo excluidos conforme al inciso (c) o (d); bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico

<sup>5</sup> Cuarta ed. de la OCDE.

<sup>6</sup> Heftye, F., “Capítulo XI del TLCAN: inversión”, *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. II, p. 64.

o para otros fines empresariales; y h) la participación que resulte del capital u otros recursos destinados para el desarrollo de una actividad económica en territorio de otra Parte, entre otros (a. 1139 definiciones).<sup>7</sup>

Más adelante, en el mismo artículo, el texto del TLCAN agrega:

*inversión de un inversionista de una Parte* significa la inversión propiedad o bajo control directo o indirecto de un inversionista de dicha Parte; *inversionista de una Parte* significa una Parte o una empresa de la misma, o un nacional o empresa de dicha Parte, que pretenda realizar, realiza o ha realizado una inversión; *inversión de un país que no es Parte* significa un inversionista que no es inversionista de una Parte, que realiza, pretende realizar o ha realizado una inversión; *inversionista contendiente* significa un inversionista que formula una reclamación en los términos de la sección B.

Más concretamente, esto es, con base en el artículo 2o. de la Ley de Inversión Extranjera (LIE), se entiende como IE: “a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas; b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y c) La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados por esta Ley”.

<sup>7</sup> El Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Chile expresa: “inversión significa todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo características tales como el compromiso de capitales u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades, o la presunción de riesgo. Las formas que puede adoptar una inversión incluyen: a) una empresa; b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa; c) bonos, obligaciones, otros instrumentos de deuda y préstamos<sup>13</sup>; d) futuros, opciones y otros derivados; e) derechos contractuales, incluidos contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos; f) derechos de propiedad intelectual; g) derechos otorgados de conformidad con la legislación interna, tales como concesiones, licencias, autorizaciones, permisos; y h) otros derechos de propiedad tangibles o intangibles, muebles o inmuebles y los derechos de propiedad relacionados, tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y garantías en prenda; pero inversión no significa una orden ingresada en un proceso judicial o administrativo”.

Y en el anexo F DL 600 el mismo Tratado puntualiza:

“1. Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos 3 a 7, Chile otorgará a un inversionista de Estados Unidos o a una inversión cubierta que sea una parte en un contrato de inversión de conformidad con el Estatuto de la Inversión Extranjera, Decreto Ley 600 de 1974 (DL 600), el mejor de los tratos exigidos de conformidad con este Tratado o el trato establecido de conformidad con un contrato de inversión.

2. Sin perjuicio de lo establecido en los párrafos 3 a 7, Chile permitirá a un inversionista de Estados Unidos o a una inversión cubierta que ha celebrado un contrato de inversión de conformidad con el DL 600 modificar el contrato de inversión para hacerlo compatible con las obligaciones de Chile de conformidad con este Tratado”.

## II. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DE LA IED

### 1. *Tratados internacionales celebrados por México en materia de inversión extranjera directa*

#### A. *Consideraciones generales*

El rol que desempeñan los tratados internacionales en materia de inversión es fijar las reglas del juego para los inversionistas, ya que sirven como instrumento jurídico internacional por medio del cual dos o más países negocian la eliminación y/o reducción de los obstáculos o barreras al comercio recíproco de bienes y servicios, al flujo de inversiones; al tiempo que conservan cada uno de ellos, independencia en su política comercial frente a terceros países.

En este sentido, al estipularse dentro de nuestra carta magna que los tratados o convenciones internacionales forman parte de la legislación nacional, se colige lo siguiente:<sup>8</sup>

- 1) Los tratados y convenciones diplomáticas deben estar de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según lo estipula el artículo 133.
- 2) Deben celebrarse por el presidente de la República y el jefe de Estado o de gobierno de un país extranjero (artículo 89 constitucional).
- 3) El Senado de la República es a quien compete aprobar los instrumentos internacionales (artículo 76, fr. I, pfo. 2o., de la Constitución).
- 4) Los tratados devienen ley suprema de la Unión federal, como lo establece claramente el artículo 133 constitucional.
- 5) Las leyes locales y municipales no deben contener prescripciones que contradigan a las disposiciones internacionales.

Es conveniente señalar que dentro del contenido de los tratados en materia de inversión se establece una parte sustantiva y una parte adjetiva o contenciosa.

Pues bien, la parte *sustantiva* de los tratados consta de un conjunto de disciplinas que buscan eliminar las posibles prácticas discriminatorias que pudiera adoptar un Estado anfitrión en contra de los inversionistas extranjeros. Esta parte sustantiva contiene lo siguiente:<sup>9</sup>

#### a) Trato nacional

<sup>8</sup> Sánchez Gómez, N., *Las inversiones extranjeras en México*, México, Porrúa, 2001, p. 103.

<sup>9</sup> Mendoza Bremauntz, E., *Derecho económico*, México, IURE, 2009, p. 558.



- b) Trato de nación más favorecida.
- c) Nivel mínimo de trato.
- d) Requisitos de desempeño.
- e) Régimen de expropiaciones
- f) Régimen de transferencias.
- g) Subrogación.

Mientras que la parte *adjetiva* o contenciosa contiene los mecanismos de solución de controversias entre un inversionista extranjero y el Estado anfitrión. Dentro de estos mecanismos se establecen diversos tipos de procedimientos:<sup>10</sup>

- a) Procedimientos de consulta y negociación.
- b) Procedimiento arbitral.

Lo anterior se deduce dependiendo si dentro del tratado se establece un mecanismo, configurado como comité o tribunal para la solución de controversias entre las partes y no partes; o bien al no estipularse un sistema para dirimir diferencias, estas tendrán que zanjarse en los tribunales nacionales de las partes que intervienen en la inversión.

## 2. *Tratados de libre comercio suscritos por México*

Conviene tener presente que

Los tratados de libre comercio, son un conjunto de reglas para fomentar el intercambio comercial de bienes, servicios y flujos de inversión en una región estratégica, mediante la eliminación progresiva de los aranceles o impuestos que pagan los productos para entrar a otro país, el establecimiento de normas que deben ser respetadas por los productores de las partes y la creación de mecanismos para resolver las diferencias que puedan surgir.<sup>11</sup>

El TLCAN, por ejemplo, despertó gran interés en su momento al evidenciar varias razones:<sup>12</sup>

- 1) Constituiría el bloque más grande del mundo.
- 2) Su alto potencial de complementariedad proporcionaría a las tres entidades involucradas ventajas competitivas.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 563.

<sup>11</sup> Díaz, Luis Miguel y Morones Lara, Guadalupe, *Inversión extranjera: derecho mexicano y derecho internacional*, México, Themis, 2001, pp. 57 y 58.

<sup>12</sup> Ortiz, E., "América del Norte, TLC e inversión extranjera", *Revista de Comercio Exterior*, México, vol. 43, núm. 10, octubre de 1993, p. 967.

- 3) Confirmaría las tendencias mundiales hacia la formación de bloques económicos poderosos.
- 4) Constituiría una asociación única entre dos naciones desarrolladas y una en desarrollo.

Por otra parte, se consideró que la incorporación de México al GATT constituyó no solo el antecedente de los TLC, sino también la plataforma de lanzamiento de la nueva política comercial internacional de nuestro país, que precipitó una serie de reformas legislativas y la publicación de nuevas regulaciones tendientes a propiciar la celebración de tratados de libre comercio, dentro de los cuales tendría que existir un capítulo exclusivo sobre inversiones, que a su vez generaría la forma de acuerdos cuya finalidad particular fuera la promoción y protección recíproca de inversiones.<sup>13</sup>

De esta forma, y a raíz del proceso de mundialización que se ha verificado en los últimos tiempos en todo el mundo, México, hasta 2007, llevaba firmados alrededor de 652 tratados bilaterales y aproximadamente 617 tratados multilaterales, tanto con países como con organismos internacionales,<sup>14</sup> y en donde el Tratado de Libre Comercio de América del Norte es el primer tratado modelo que sigue el gobierno mexicano para sus negociaciones de libre comercio.

A continuación presentamos en un esquema los TLC suscritos por México:<sup>15</sup>

| <i>Tratado</i>          | <i>Países</i>           | <i>Publicación DOF</i>  | <i>Entrada en vigor</i> |
|-------------------------|-------------------------|-------------------------|-------------------------|
| TLCAN                   | Estados Unidos y Canadá | 20 de diciembre de 1993 | 1 de enero de 1994.     |
| TLC-G3                  | Colombia y Venezuela    | 9 de enero de 1995      | 1 de enero de 1995      |
| TLC México y Costa Rica | Costa Rica              | 10 de enero de 1995     | 1 de enero de 1995      |
| TLC México y Bolivia    | Bolivia                 | 11 de enero de 1995     | 1 de enero de 1995      |
| TLC México y Nicaragua  | Nicaragua               | 1 de julio de 1998      | 1 de julio de 1998      |
| TLC México y Chile      | Chile                   | 28 de julio de 1999.    | 1 de agosto de 1999.    |

<sup>13</sup> Díaz y Morones, *op. cit.*

<sup>14</sup> Curiel Lizárraga, G., *Guía práctica del inversionistas extranjero en México*, México, Taxx Unidos, 2008, p. 232.

<sup>15</sup> Sánchez Gómez, N., *op. cit.*, pp. 112 y 113.

| <i>Tratado</i>                    | <i>Países</i>                           | <i>Publicación DOF</i>  | <i>Entrada en vigor</i>                                                            |
|-----------------------------------|-----------------------------------------|-------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| TLCUEM                            | Unión Europea                           | 26 de junio de 2000     | 1 de julio de 2000                                                                 |
| TLC México e Israel               | Israel                                  | 28 de junio de 2000     | 1 de julio de 2000.                                                                |
| TLC-Triángulo del Norte           | El Salvador, Guatemala y Honduras       | 14 de marzo de 2001     | 15 de marzo de 2001 con el Salvador y Guatemala y 1 de junio de 2001 con Honduras. |
| TLC México-AELC                   | Islandia, Noruega, Lichtenstein y Suiza | 29 de junio de 2001     | 1 de julio de 2001                                                                 |
| TLC Uruguay                       | Uruguay                                 | 14 de julio de 2004     | 15 de julio de 2004                                                                |
| AAE México-Japón                  | Japón                                   | 31 de marzo de 2005     | 1 de abril de 2005                                                                 |
| Mercosur                          | Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay   | 5 de julio de 2002      |                                                                                    |
| TLC México-Alemania               | Alemania                                | 25 de agosto de 1998    |                                                                                    |
| TLC México-Argentina              | Argentina                               | 13 de noviembre de 2000 |                                                                                    |
| TLC México-Cuba                   | Cuba                                    | 30 de mayo del 2001     |                                                                                    |
| TLC México-Dinamarca              | Dinamarca                               | 13 de abril de 2000     |                                                                                    |
| TLC México-España                 | España                                  | 22 de junio de 1995     |                                                                                    |
| TLC México-Finlandia              | Finlandia                               | 22 de febrero de 1999   |                                                                                    |
| TLC México-Francia                | Francia                                 | 12 de noviembre de 1998 |                                                                                    |
| TLC México-Grecia                 | Grecia                                  | 30 de noviembre de 2000 |                                                                                    |
| TLC-México-Suiza                  | Suiza                                   | 10 de julio de 1995     |                                                                                    |
| TLC México-Unión Belga-Luxemburgo | Bélgica, Luxemburgo                     | 27 de agosto de 1998    |                                                                                    |
| TLC México-Italia                 | Italia                                  | 24 de noviembre de 1999 |                                                                                    |

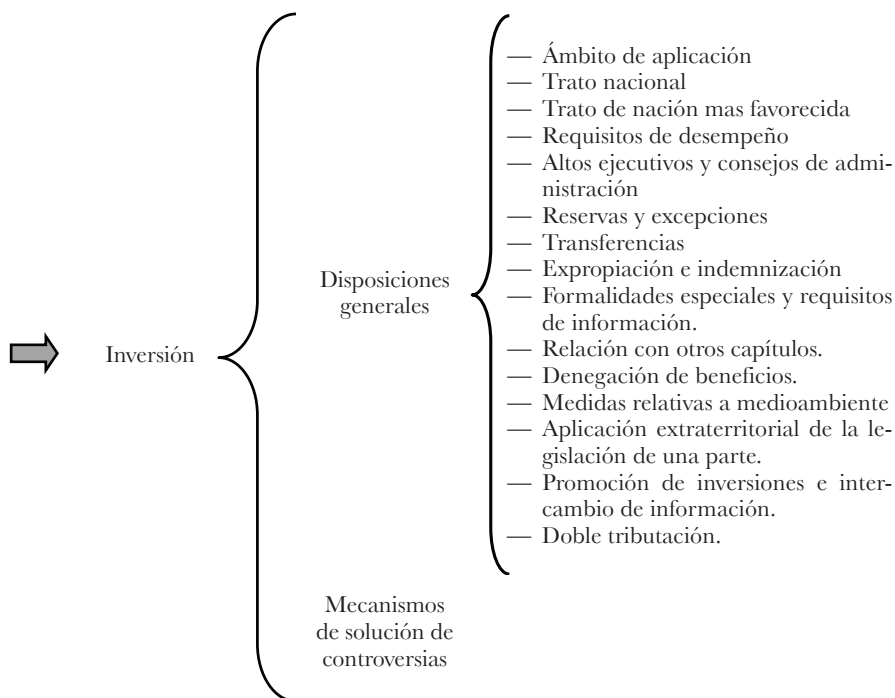
| <i>Tratado</i>            | <i>Países</i>                                                                                              | <i>Publicación DOF</i> | <i>Entrada en vigor</i> |
|---------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------|-------------------------|
| TLC México y Países Bajos | Groninga, Frisia, Drente, Overijssel, Güeldres, Utrecht, Flevolanda, Holanda, Zelanda, Brabante y Limburgo | 13 de mayo de 1998     |                         |

*A. Capítulo exclusivo sobre inversiones en los TLC*

Conviene tener muy presente que dentro de la composición específica de los TLC que México ha signado existe un capítulo específico sobre inversiones. En el caso del TLCAN se trata del capítulo uno, relacionado con el capítulo tres, que se refiere al comercio de bienes. El contenido de dicho apartado contiene los siguientes conceptos:<sup>16</sup>

- ➡ Comercio de bienes { Trato nacional, acceso a mercados, Sector agropecuario, medidas fitosanitarias reglas de origen, procedimientos aduaneros, salvaguardas o medidas de emergencia y practicas desleales de comercio internacional.
- ➡ Disposiciones legales administrativas { Transparencia o administración de disposiciones y administración del tratado
- ➡ Comercio de servicios { Principios generales del comercio de servicios, telecomunicaciones, entrada temporal de personas de negocio y servicios financieros.
- ➡ Solución de controversias { Mecanismos para prevenir o solucionar controversias respecto al contrato. Varía dependiendo de las partes.
- ➡ Medidas relativas a la normalización { Normas técnicas de las partes, metrología.
- ➡ Excepciones { Cada Estado parte adopta medidas que afectan al comercio.
- ➡ Compras del gobierno
- ➡ Propiedad intelectual

<sup>16</sup> Díaz y Morones Lara, *op. cit.*, p. 69.



### 3. *Acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones, firmados por México*

Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI) son tratados internacionales en materia de inversión extranjera directa que, conforme a bases de reciprocidad, son diseñados para el fomento y la protección jurídica de los flujos de capital destinados al sector productivo. Se les considera como un elemento generador de confianza para los inversionistas extranjeros, ya que permiten el establecimiento de un clima favorable para la inversión, estimulan la inversión productiva y, al mismo tiempo, promueven el desarrollo económico de nuestro país.<sup>17</sup>

Los APPRI incorporan diversos principios a través de los cuales se busca proteger a la inversión en el territorio de cualquiera de las partes contratantes. Estos principios son relativos a la promoción y admisión de las inversiones en su territorio, al tratamiento al inversionista de la otra parte contratante y a su inversión (trato nacional y trato de la nación más

<sup>17</sup> Véase [http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p\\_APPRIS](http://www.economia.gob.mx/swb/es/economia/p_APPRIS).

favorecida), al derecho a expropiar que le asiste a las partes, a la indemnización en caso de expropiación o pérdidas, a las transferencias relacionadas con la inversión, a la subrogación de derechos por el pago de una indemnización; a los acuerdos específicos y a las disposiciones aplicables en caso de que existan conflictos entre el APPRI y las obligaciones o regulaciones de una de las partes contratantes y a los mecanismos para la solución de controversias.<sup>18</sup>

Como se menciona, los APPRI son instrumentos jurídicos internacionales de promoción de la inversión extranjera, a fin de promover los flujos de capital y brindar a las inversiones de ambos países seguridad jurídica, dando eficacia a la política de apertura y no discriminación en materia de inversión.<sup>19</sup>

El Estado mexicano ha suscrito los APPRIS con los siguientes países:<sup>20</sup>

| <i>APPRI<br/>con el Estado de</i>      | <i>Firmado</i>                                                   | <i>Publicado en el DOF</i> |
|----------------------------------------|------------------------------------------------------------------|----------------------------|
| España                                 | 22 de junio de 1995 /<br>reafirmado el 10 de<br>octubre de 2006. | 19 de marzo de 1997        |
| Argentina                              | 13 de noviembre de 1996                                          | 28 de agosto de 1998       |
| Países Bajos                           | 13 de mayo de 1998                                               | 10 de julio de 2000        |
| Austria                                | 22 de junio de 1998                                              | 23 de marzo de 2001        |
| Alemania                               | 25 de agosto de 1998                                             | 20 de marzo de 2001        |
| Unión Económica<br>Belgo-Luxemburguesa | 27 de agosto de 1998                                             | 19 de marzo de 2003        |
| Francia                                | 12 de noviembre de 1998                                          | 30 de noviembre de 2000    |
| Finlandia                              | 22 de febrero de 1999                                            | 30 de noviembre del 2000   |
| Uruguay                                | 30 de junio de 1999                                              | 9 de agosto de 2002        |
| Portugal                               | 11 de noviembre de 1999                                          | 8 de enero de 2001         |
| Italia                                 | 24 de noviembre de 1999                                          | 17 de enero de 2003        |
| Dinamarca                              | 13 de abril de 2000                                              | 30 de noviembre de 2000    |

<sup>18</sup> Díaz y Morones Lara, *op. cit.*, p. 108.

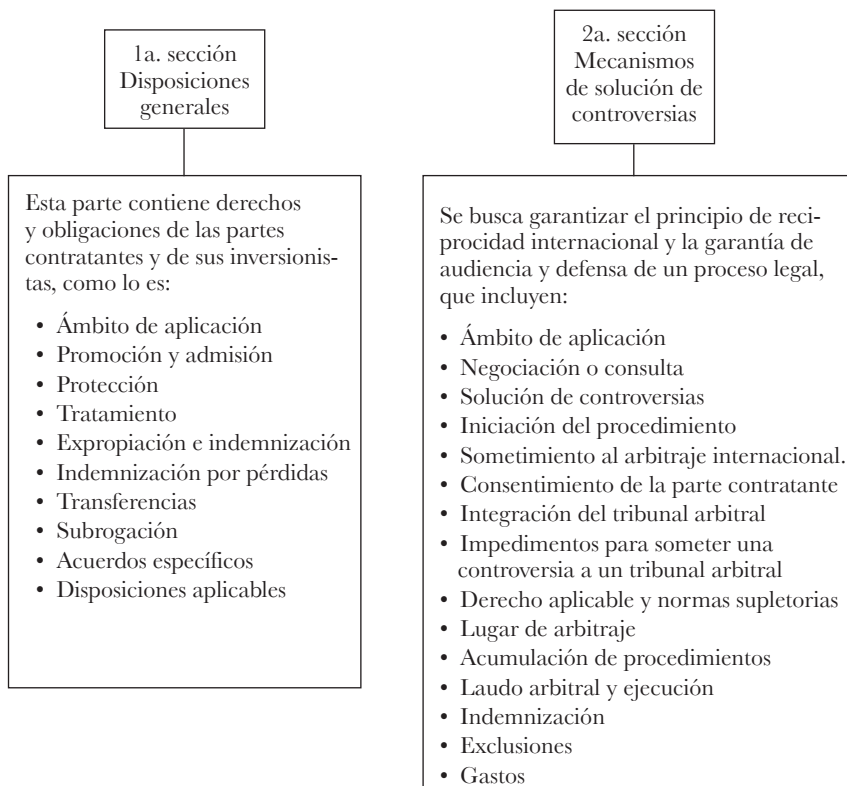
<sup>19</sup> Sánchez Gómez, N., *op. cit.*, p. 113.

<sup>20</sup> Véase [http://www.economia.gob.mx/swb/cs/economia/p\\_APPRIS\\_Suscritos](http://www.economia.gob.mx/swb/cs/economia/p_APPRIS_Suscritos).

| <i>APPRI<br/>con el Estado de</i> | <i>Firmado</i>          | <i>Publicado en el DOF</i> |
|-----------------------------------|-------------------------|----------------------------|
| Suecia                            | 3 de octubre de 2000    | 27 de julio 2001           |
| Corea del Sur                     | 14 de noviembre de 2000 | 9 de agosto de 2002        |
| Grecia                            | 30 de noviembre de 2000 | 11 de octubre de 2002      |
| Cuba                              | 30 de mayo de 2001      | 3 mayo de 2002             |
| Suiza                             | 10 de julio de 1995     | 20 de agosto de 1998       |
| República Checa                   | 4 de abril de 2002      | 25 de marzo de 2004        |
| Austria                           | 29 de junio de 1998     | 23 de marzo de 2001        |
| Islandia                          | 24 de junio de 2005     | 6 de junio de 2006         |
| Australia                         | 23 de agosto de 2005    | 12 de junio de 2007        |
| Panamá                            | 11 de octubre de 2005   | 19 de diciembre de 2006    |
| Inglaterra e Irlanda<br>del norte | 12 de mayo de 2006      | 25 de julio de 2007        |
| Trinidad y Tobago                 | 3 de octubre de 2006    | 12 de septiembre de 2007   |
| India                             | 21 de mayo de 2007      | 5 de marzo de 2008         |
| Eslovaquia                        | 27 de octubre de 2007   | 3 de abril de 2009         |
| Singapur                          | 12 de noviembre de 2009 | 4 de abril de 2011         |
| Belarús o Bielorrusia             | 4 de septiembre de 2008 | Pendiente                  |
| China                             | 11 de julio de 2008     | 5 de junio de 2009         |

La mayoría de los APPRI fueron firmados como complemento al TLC, cuya composición se muestra en seguida:<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Díaz y Morones Lara, *op. cit.*, pp. 113 y 134.



### 5. Principios jurídicos que afectan la inversión extranjera directa

La inversión extranjera a nivel internacional está regida por diversos principios que reflejan el contexto bajo el cual se celebran los contratos, convenios y tratados de inversión extranjera a través de la reglamentación jurídica, que refleja las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, tanto público como privado, considerando a estos como el eje en el cual se interpreta una IE.

En este sentido, al referirnos a principios jurídicos que afectan la inversión nos estamos refiriendo al ámbito de protección de las inversiones extranjeras.

De acuerdo con esta categoría, los principios jurídicos que afectan a la inversión extranjera directa son obtenidos de los postulados jurídicos establecidos en los TLC, por lo que su aplicación afecta y se refleja en la legislación interna en general de los Estados anfitriones de la inversión.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Heftye Etienne, F., *op. cit.*, 1993, p. 66.



Hemos de tener presente que el TLCAN liberaliza esencialmente los regímenes de inversión de América del Norte. En efecto, el tratado deviene un marco claro, sustentado en reglas para el tratamiento imparcial de la *inversión extranjera directa*, el cual también determina límites rigurosos para el uso de los requisitos de comportamiento.<sup>23</sup>

Ahora bien, si consideramos al TLCAN como primer tratado modelo para la celebración de los TLC posteriores, advertimos que el capítulo XI, dedicado a la *inversión*, contiene seis principios de carácter general, que las partes se comprometen a respetar con respecto a las inversiones cubiertas por el mismo:<sup>24</sup>

*Apertura sectorial.* Para comprender mejor este principio es conveniente acudir a los anexos que contienen las excepciones que introducen cada uno de los países.<sup>25</sup> En tal virtud, los países han de asumir el compromiso de que una vez liberado el sector en el futuro, no podrán volverlo a restringir. En el caso del TLCAN, Estados Unidos mantuvo el régimen consolidado de apertura a la IE con las restricciones que ya se conocían. Por su parte, Canadá conservó el régimen relativamente abierto que en ese momento tenía establecido en ley, con las limitaciones relativas a las “industrias culturales”, entre otros sectores. México permitió la IE en un 100% con las cortapisas a los sectores estratégicos o prioritarios consignados anteriormente en los ordenamientos correspondientes. En efecto, el artículo 4o. de la LIE prescribe: “La inversión extranjera podrá participar en *cualquier proporción* en el capital social de sociedades mexicanas, adquirir activos fijos, ingresar a nuevos campos de actividad económica o fabricar nuevas líneas de productos, abrir y operar establecimientos, y ampliar o relocalizar los ya existentes, salvo por lo dispuesto en esta Ley”. Las restricciones a la IE se regulan clara y precisamente en los artículos 5-9 de la LIE.

<sup>23</sup> Gestrim, M. y Rugman, Alan M., “The North American Free Trade Agreement and forcing direct investment”, *Transnational Corporation Review*, vol. 3, núm. 1, UNCTAD, Division on Transnational Corporations and Investment, ONU, February 1994, p. 77.

<sup>24</sup> Heftye, *op. cit.*

<sup>25</sup> Por ejemplo, en el anexo siete del TLCAN, la lista de México que aparece en la sección «a» se establecen las reservas correspondientes; en la sección «b» del propio anexo de la lista de México están las reglas sobre el establecimiento y operación de instituciones financieras, y en la sección «c», los compromisos específicos. En el anexo II de la lista de México del Tratado de Libre Comercio Chile-México en la descripción *Comercio transfronterizo de servicios e inversión* se expresa: “México se reserva el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que restrinja la adquisición, venta u otra forma de disposición de los bonos, valores de tesorería o cualquier otra clase de instrumentos de deuda emitidos por el Gobierno Federal, Estatal o Local”.

1) *Trato a la inversión*: este axioma se refiere al trato que el país huésped debe dar a la inversión extranjera, tendiente a brindar seguridad jurídica al capital foráneo para que este contribuya al desarrollo de la región. El trato a la inversión adopta tres modalidades, que garantizan un trato no discriminatorio y propicio a la expansión en sus regiones:

- a. Trato nacional (artículo 1101 TLCAN; artículo 9-03 del TLC Chile-México): consiste en que ninguno de los Estados parte podrá otorgar a la inversión extranjera un trato menos favorable del que otorga a sus *propios inversionistas* en circunstancias similares; el postulado deviene aplicable no solo al establecimiento de la inversión, sino a su expansión, administración, conducción, operación y demás; es decir, incluye todos los actos consustanciales a un proyecto de inversión.<sup>26</sup>
- b. Trato de la nación más favorecida: consiste en la obligación de hacer extensivo a los inversionistas del tratado, aquellos beneficios que cualquiera de las partes otorgue a los inversionistas ajenos a la región. Es decir, se asegurará si no un trato preferencial, al menos uno equitativo para los inversionistas provenientes de la zona, beneficiándose automáticamente de las medidas adicionales de liberalización.<sup>27</sup> El TLCAN expresamente declara: “Cada una de las

<sup>26</sup> Heftye, Etienne, *op. cit.*, p. 71. Este principio es ya un clásico, puesto que está presente en varios tratados internacionales; persigue la igualdad en el trato entre nacionales y extranjeros. Por ejemplo, este principio dentro del GATT buscaba equiparar a los nacionales y extranjeros respecto a los efectos de la tributación interna sobre el comercio internacional. Véase Álvarez Soberanis, J., “El ingreso de México al GATT: la problemática de nuestra adhesión”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 36, 1979, p. 703.

<sup>27</sup> Artículo 5.- Trato de la nación más favorecida. Por «trato de la nación más favorecida» se entiende un trato otorgado por el Estado concedente al Estado beneficiario, o a *personas* o cosas que se hallan en determinada relación con ese Estado, no menos favorable que el trato conferido por el Estado concedente a un tercer Estado o apersonas o cosas que se hallan en la misma relación con un tercer Estado. Concepto tomado del “Informe de la Comisión a la Asamblea General sobre la labor realizada en su vigésimo octavo período de sesiones (3 de mayo- 26 de julio de 1976)”, Documento A/31/10: cap. II: “Proyecto de artículos sobre la cláusula de la nación más favorecida”, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. II, segunda parte, p. 16. En otras palabras, la cláusula de la nación más favorecida se ha concebido como una estipulación convencional mediante la cual dos partes contratantes (A y B) acuerdan que si posteriormente una de ellas celebra con un tercer Estado (C) un tratado de comercio concediendo a C ventajas comerciales particulares, estas serán otorgadas *ipso facto* al contratante inicial; Álvarez Soberanis, *op. cit.*, p. 705. Sobre el tema, véase Sepúlveda Amor, B., “GATT, ALALC y el trato de más favor”, en Orrego Vicuña, F. *et al.*, *Derecho internacional económico*, t. I, México, FCE, 1974, pp. 134 y 135; Gros Espiel, H., “La cláusula de la nación más favorecida. Su sentido actual en el Acuerdo General de Aranceles y Comercio”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, 1968; *idem*, “El GATT la cláusula

Partes otorgará a los inversionistas de otra Parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra *Parte o de un país que no sea Parte*, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones” (a. 1103 TLCAN; a. 9-04 TLC Chile-México).

- c. Trato mínimo: tiene que ver con otorgar a los inversionistas un nivel mínimo de trato que debe conferírseles en esta forma, contemplando un trato acorde con el derecho internacional, incluido un trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plena (artículo 1105 TLCAN; 9-06 TLC Chile-México).

2) *Requisitos de desempeño*: estos se refieren a todas las condiciones para el establecimiento y la expansión de los proyectos de inversión, siendo prohibitivos este tipo de requisitos para las partes, ya que no pueden condicionar ningún proyecto a programas de balanza de divisas, grados de integración nacional creciente, programas de exportación y todo tipo de condiciones económicas que repercuten en el accionar de la empresa (artículo 1106 TLCAN; 9-07 TLC Chile-México).<sup>28</sup> Ahora bien, los requisitos de desempeño no tienen que ser un mecanismo proteccionista, sino una herramienta para que los beneficios de las inversiones corporativas sean compartidos por los países receptores. Las prohibiciones sobre requisitos de desempeño existentes en el TLCAN impiden que las comunidades locales y nacionales implementen políticas de desarrollo económico que pongan las inversiones al beneficio de la gente común.

3) *Transferencias*: consisten en la libertad o las restricciones en cuanto a la remisión de las divisas asociadas con su proyecto (utilidades, pagos de intereses, pagos de asistencia técnica, pagos de regalías por concepto de traspaso tecnológico...). “Cada una de las Partes permitirá que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las Partes en territorio de la Parte, se hagan libremente y sin demora” (artículo 1109.1 TLCAN). La única salvedad a este principio son las restricciones a las trans-

de la nación más favorecida y las preferencias a los países en desarrollo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 36, 1979, pp. 724-745; Pescatore, P., “La clause de la nation la plus favorisée dans les conventions multilatérales”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, vol. 53, 1. 1, Basilea, 1969, p. 204.

<sup>28</sup> “1. Ninguna Parte podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso u obligación, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para: a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios...” (artículo 1106, TLCAN).

ferencias cuando exista una crisis en la balanza de pagos del país y se adopten programas conforme al Fondo Monetario Internacional (artículo 9 y 10 TLC Chile-México).

4) *Expropiación y compensación*: este principio establece que la intención no es ni podrá ser la de inhibir la facultad que tiene todo Estado de llevar a cabo actos expropiatorios. Sin embargo, este postulado radica en tratar de evitar que el acto se disfrace formalmente de otra manera, siendo que su efecto fundamental es el de privar de su propiedad al inversionista (artículo 1110 TLCAN; 9-11 TLC Chile-México).

Las características que debe cumplir el acto expropiatorio o equivalente son las siguientes:

- I. Debe ser por causa de utilidad pública.
- II. Debe ser sobre bases no discriminatorias.
- III. Debe ser con apego a los principios de legalidad y al nivel mínimo de trato que debe recibir todo inversionista.
- IV. Debe ser mediante indemnización, que será equivalente al valor justo del mercado de la inversión.<sup>29</sup>

Estos requisitos que establecen los mínimos sobre los que se juzgará la legalidad de una expropiación o de una medida equivalente y que encuentran su fundamento en los APRIS y en los TLC, rebasan los contemplados en el artículo 27 de nuestra carta magna, que fijan la causa de *utilidad pública y mediante indemnización*.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Artículo 1110 del TLCAN “Ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1); y mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”...; artículo 4.1 del celebrado con Alemania; artículo 5.1 del verificado con Austria; artículo 5.1 del pactado con Argentina; artículo 5.2 del celebrado con la Unión Belgo-Luxemburguesa, que añade a la utilidad pública los aspectos de seguridad o interés nacional, artículo 5.1 del verificado con Corea; artículo 5.1 del pactado con Dinamarca; artículo 5.1 del celebrado con España; artículo 5.1 del verificado con Finlandia; artículo del pactado con Francia; artículo 5.1 del celebrado con Grecia; artículo 5.1 del verificado con Italia; artículo 5.1 del pactado con Países Bajos; artículo 4.1 del celebrado con Portugal; artículo 4.1 del verificado con Suecia; artículo 7.1 del pactado con Suiza; artículo 5.1 del celebrado con Uruguay. Al respecto, el artículo 27 constitucional, fracción VI, 2o. párrafo, dispone que el precio que se fijará como indemnización a la cosa expropiada se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras. La Ley de Expropiación (25-11-1936 *DOF*; última reforma publicada 27-01-2012 *DOF*) despliega las causas que fundamentan la utilidad pública en el artículo 1o.

<sup>30</sup> Rábago Dorbecker, M., *El régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?*, ponencia pre-

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha dictaminado:

EXPROPIACIÓN. ES FACULTAD DEL CONGRESO DE LA UNIÓN Y DE LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS ESTABLECER LEGALMENTE LAS CAUSAS DE UTILIDAD PÚBLICA QUE LA JUSTIFIQUEN. El artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la expropiación de la propiedad privada por causa de *utilidad pública y mediante indemnización*, así como que corresponde a las leyes de la Federación y de los Estados, en sus respectivos ámbitos competenciales, señalar los casos en que sea de utilidad pública expropiar un bien, correspondiendo a la autoridad administrativa realizar dicha declaración y fijar las reglas generales sobre el precio e indemnización. Esto es, la expropiación constituye un acto de carácter administrativo mediante el cual se priva a los particulares de la propiedad de un bien inmueble, *en aras del interés, necesidad o utilidad social*, es decir, se trata de una figura a través de la cual el Estado logra determinados fines relacionados con el *interés colectivo*, de ahí que se sujete la expropiación a causas de utilidad pública. Ahora bien, toda vez que la Constitución Federal no establece un concepto de utilidad pública, el que por abstracto, mutable y relativo es difícil de definir y sólo es determinable por las condiciones políticas, sociales y económicas que imperen en cierta época y lugar, el Constituyente otorgó al Congreso de la Unión y a las Legislaturas Estatales la facultad de establecer, en la ley y dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, las causas de esa utilidad pública que, en aras del bien común, sustenten el acto administrativo expropiatorio.<sup>31</sup>

Por lo que atañe al respeto del debido proceso, en un primer momento existió contradicción entre lo que sustentaba el sistema convencional y el régimen jurídico mexicano, ya que la Suprema Corte de Justicia, al pronunciarse al respecto, señalaba que la garantía de audiencia no operaba en tratándose de expropiación. Sin embargo, tiempo después, el criterio se modificó y el máximo tribunal sentenció que en esa situación debería respetarse la garantía de audiencia, previamente a la emisión del decreto relativo, pues lo contrario sería violatorio del artículo 14, párrafo segundo, del código político.<sup>32</sup>

sentada para el Congreso Internacional sobre Derecho Comparado “Reforma económica y cambio legal en Asia y México: una perspectiva comparada”, en Serna de la Garza, J. M. (coord.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Jurídicas-UNAM, 2007, pp. 5 y 6.

<sup>31</sup> Acción de inconstitucionalidad 18/2004. Diputados integrantes de la Quincuagésima Cuarta Legislatura del Congreso del Estado de Colima. 24 de noviembre de 2005. *Cfr. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, 9a. época, Pleno, marzo del 2006, p. 1414, Tesis P./J. 38/2006. Constitucional, Administrativa. Cursivas añadidas.

<sup>32</sup> *Cfr. EXPROPIACIÓN, LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA NO RIGE EN MATERIA DE.* En materia de expropiación no rige la garantía de previa audiencia consagrada en el artículo

5) *Solución de controversias inversionista-Estado*: este principio señala los esquemas para dirimir una controversia; es decir, las instancias a las que un inversionista podrá acceder, tales como el arbitraje internacional para hacer valer sus derechos, o bien se establece la creación de algún comité u organismo encargado de resolver controversias entre las partes.

A pesar de mencionar ciertos principios recolectados según lo estipulado en los tratados de libre comercio, existen otro tipo de apotegmas no expresos, que rigen las inversiones, y que muchos autores de la materia consideran importantes, tales como:<sup>33</sup>

1. *Doctrina de la inmunidad soberana*. Esta teoría se origina de la distinción entre los términos latinos usados en el derecho internacional *jure imperii* (*funciones públicas tradicionales del Estado*), que hacen referencia a las actividades de un Estado en actos soberanos o públicos, no de carácter privado, y del *jure gestionis* (*actividades comerciales de un Estado*), que son las actividades de un Estado en actos no soberanos o públicos, actividades privadas o comerciales de un Estado, que juntas dan como resultado la teoría restrictiva de la inmunidad soberana.

De acuerdo con esta doctrina, los tribunales de una nación renuncian a la facultad de examinar legalmente los actos de los Estados extranjeros. Esta opinión puede ser objeto de una reglamentación nacional plasmada posteriormente en tratados bilaterales, que con base en ella, los actos públicos del Estado son inmunes a cualquier juicio por autoridades extranjeras, mas

14 de la Constitución Federal, porque ese requisito no está comprendido entre los que señala el artículo 27 de la propia Carta Magna y no puede admitirse que exista contradicción entre las disposiciones contenidas en ambos preceptos, por ser evidente que el primero de ellos establece una regla general para derechos subjetivos, mientras que el segundo, ampara garantías sociales, que por su propia naturaleza, están por encima de los derechos individuales a los que restringe en su alcance liberal, en términos del artículo 1o. de la propia Ley Fundamental. *Semanario Judicial de la Federación*, 8ª época, T. XV, TCC, enero de 1995, Tesis aislada, p. 235. Sostienen la misma tesis: *Semanario Judicial y su Gaceta*, T. V, junio de 1997, Pleno, tesis P.J./65/95, p. 44; visible también en *Apéndice al SJF 2000*, Pleno, p. 252. Tiempo después, el mismo tribunal modificó su criterio en sentido positivo, al dictaminar como *Jurisprudencia* que EXPROPIACIÓN. LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DEBE RESPETARSE EN FORMA PREVIA A LA EMISIÓN DEL DECRETO RELATIVO. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, T. XXIV, septiembre de 2006, p. 278, Segunda sala, Tesis: 2a./J. 124/2006. Ver solicitud de modificación de la jurisprudencia por Azuela Güitrón en *Semanario Judicial de Federación y su Gaceta*, 9a. época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXIV, Diciembre de 2006; Pág. 526; sustenta la misma opinión: EXPROPIACIÓN. LA LEY RELATIVA VIOLA EL ARTÍCULO 14, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN, AL NO CONTENER PROCEDIMIENTO ALGUNO POR EL QUE SE OTORQUE AL GOBERNADO LA GARANTÍA DE AUDIENCIA PREVIA. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, T. XXIX, Segunda Sala, febrero de 2009, p. 468. Tesis aislada.

<sup>33</sup> Díaz, L. M., *Globalización de las inversiones extranjeras, nuevos aspectos jurídicos*, México, Themis, 1991, pp. 66 y 67.

no los actos del Estado en virtud de los cuales participa en transacciones comerciales u otras operaciones de derecho privado con individuos.<sup>34</sup>

2. *Doctrina del acto de Estado*. Esta teoría establece que cada Estado soberano está obligado a respetar la soberanía de todos los demás países; por lo tanto, los tribunales de un país determinado no podrán juzgar la validez de los actos de gobierno que otro país lleve a cabo en su propio territorio.

3. *Legalidad de los actos de autoridad*. El principio de legalidad, como expresión de la voluntad general, fue sustentado por Rousseau en el hecho de que la soberanía reside en el pueblo, y ella se manifiesta a través de las leyes que consisten en la expresión de la voluntad general. De esta manera, al provenir las leyes de la voluntad general del pueblo, ellas son superiores a cualquier otro acto del poder público, y como manifestación de la población crean la autoridad y facultan su actuación.<sup>35</sup>

En consecuencia, el principio de legalidad se manifiesta en el sentido de que la actividad estatal solo puede efectuarse con la autorización que la ley le otorgue, ya que el Estado, al ser un ente soberano y libre, reconocido dentro de la comunidad internacional, no es posible someterlo a una autoridad superior de otro Estado que limite su actuación.

#### 6. *Otras fuentes formales del derecho internacional en materia de inversión extranjera directa*

Con base en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las fuentes del derecho internacional que pueden aplicarse en este sector, son:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

<sup>34</sup> Dentro de nuestra legislación mexicana es conocida como la “cláusula Calvo”, la cual deberá incorporarse en los estatutos de la sociedad. Esta cláusula permite considerar a los extranjeros como nacionales respecto de su inversión y de no invocar por lo mismo la protección de su gobierno, pues de ser así, la pena consiste en perder su inversión o participación en beneficio de la nación.

<sup>35</sup> Delgadillo Gutiérrez, L. M. y Espinosa, M. L., *Compendio de derecho administrativo. Primer curso*, México, Porrúa, 1994, pp. 5 y 6.

- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

### A. *Costumbre*

Según el derecho internacional consuetudinario, la costumbre internacional genera los usos internacionales que no se encuentran codificados en ningún ordenamiento, pero que al ser incluidos en los tratados, como es el caso de la mayoría de los principios generales de derecho, pasan a ser derecho escrito para las partes.<sup>36</sup> En la legislación mexicana la costumbre es aceptada como fuente, entre otros, por el Código Civil Federal (artículo 997, 999, 1856, 2457, 2741, 2754 y 2760), por el Código de Comercio (artículo 280, 304, 333, 393, fr. III, último pfo.), por la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (artículo 2º, fr. III), por la Ley de Concursos Mercantiles (artículo 80., fr. III).

En este orden de ideas, existen ciertos principios en el derecho internacional privado relativos a la inversión, que han perdurado a través de los siglos, considerándoseles como costumbre escrita, y que han sido aceptados en las legislaciones nacionales de varios países. Estos principios son los siguientes:<sup>37</sup>

- I. *Locus regit actum*, que significa que la ley del lugar rige al acto; es decir, que la ley aplicable al acto jurídico (como puede ser el caso de un contrato) será determinado con base en el lugar de celebración del acto jurídico o del contrato (artículo 13, pfo. 4o. del Código Civil Federal).
- II. *Lex rei sitae*, indica que la ley del lugar en donde los bienes se encuentran ubicados es la ley que se les aplica (artículo 13, fr. III CCF). De modo que con base en esta conoceremos al propietario de los bienes, la supletoriedad procedente, qué requisitos se necesitan para transmitir su propiedad y demás.
- III. *Mobilia sequuntur personam*.<sup>38</sup> Este principio significa que los bienes muebles “siguen” a la persona; es decir, que son relacionados con el

<sup>36</sup> Costumbres internacionales como la ejecución de sentencias extranjeras, la asistencia jurídica internacional y la aplicación de leyes extranjeras.

<sup>37</sup> Pérez-Nieto, L., *Derecho internacional privado*, 13a. ed., México, Oxford University Press, 2000, p. 22. Se trata de máximas aplicables también al conflicto de leyes con el fin de resolver tales problemas.

<sup>38</sup> *Mobilia sequuntur personam, immobilia sita (chattels follow the person, immovables their locality)*.



domicilio de su propietario (artículo 24 del Código Federal de Procedimientos Civiles).

IV. *Lex fori*. *Este postulado señala que la ley aplicable al procedimiento en un juicio debe ser la ley del tribunal en que dicho juicio se sigue.*

### B. *Convenciones, congresos y conferencias diplomáticas*

La primera fuente de derecho internacional aplicable a las inversiones son las convenciones internacionales generales o particulares.<sup>39</sup>

Las conferencias diplomáticas, como el caso de otras materias de Derecho, reúnen a representantes o delegaciones oficiales de los países para discutir y elaborar proyectos de tratados o convenciones internacionales y más tarde para aprobarlos.<sup>40</sup>

Respecto a los congresos, y al igual que en otras disciplinas del Derecho, los juristas a título personal o en representación de instituciones académicas, celebran reuniones para intercambiar conocimientos, opiniones y avances logrados en sus materias. Normalmente se presentan, en estos encuentros trabajos en forma de ponencias, comunicaciones o informes y al final de la reunión se sacan conclusiones que luego se publican junto con los trabajos presentados, información que va acrecentando el acervo doctrinal.<sup>41</sup>

### C. *Principios generales de derecho*

La doctrina<sup>42</sup> señala que los principios generales de derecho son las exigencias éticas inmediatamente aplicables en orden a las relaciones internacionales de cada época o situación histórica.

En este sentido, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados recoge cinco principios generales de derecho que se aplican a cualquier intercambio comercial:<sup>43</sup>

1) Buena fe. Ella consiste en la creencia que tiene una persona de encontrarse en una situación gobernada por el derecho, y la conciencia de actuar, sin lesionar los derechos de un tercero.<sup>44</sup> Se trata de una herramien-

<sup>39</sup> Gómez Palacio, I., *op. cit.*, p. 59.

<sup>40</sup> Pérez-Nieto, L., *op. cit.*, p. 26.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>42</sup> Truyol y Serra, A., *Fundamentos de derecho internacional público*, 3a. ed. Madrid, Tecnos, 1970, p. 102.

<sup>43</sup> Artículos 26, 31 (1), 62, 34 y 30 (3), 55, 73 y 74 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>44</sup> Braudo, S., *Dictionnaire de droit privé français*, en <http://www.dictionnaire-juridique.com/notice.php>. La traducción nos incumbe.

ta que es útil no solo en la formación, interpretación y a lo largo de la vida del contrato, sino también en el comercio internacional (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT); artículo 7 (1) de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías de 1980;<sup>45</sup> artículo 1.7 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales).

2) Consentimiento o voluntad. Se refiere a un principio básico para la existencia del contrato, mediante el cual se externa lo que las partes pensaron y quisieron al momento de celebrar el contrato. Consiste, pues, en la libertad que tienen las partes para celebrar un contrato y determinar su contenido (artículo 54 y 57 b) de la CVDT; artículo 1796, primera parte, relacionado con el artículo 1803 del CCF; artículo 1.1 de los Principios UNIDROIT...).

3) *Pacta sunt servanda*. Expresión latina que afirma la obligatoriedad de los pactos libremente establecidos; esto es, que los tratados deben cumplirse. También se conoce como efecto vinculante de los contratos (artículo 26 de la CVDT; artículo 1796, segunda parte, del CCF; artículo 1-4 del TLC México-Chile; artículo 1.3 de los Principios Unidroit...).

4) *Favor contractus*. Favorece que el contrato no termine. Es decir, que las palabras usadas al celebrar el contrato deben tomarse en el sentido que otorgue más eficacia a la estipulación (artículo 1853 CCF).<sup>46</sup> En otras palabras, “Toda interpretación favorable a la licitud o a la eficacia de los términos del contrato tendrá preferencia frente a las interpretaciones que se las nieguen (artículo 5:106 de los Principios de derecho europeo de los contratos)”.<sup>47</sup>

5) *Rebus sic stantibus*. Se le considera como una cláusula sobreentendida inserta en todos los tratados, por virtud de la cual, en caso de que sobrevenga un cambio importante en el estado de hecho existente o contemplado por las partes en el momento de su celebración, procede la revisión del tratado o en su caso la resolución del mismo (artículo 62 de la CVDT).<sup>48</sup>

6) *Res inter alios acta o iudicta*. Significa que un tratado verificado entre dos Estados no crea obligaciones o derechos para un tercer Estado sin su

<sup>45</sup> Los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales invocan la buena fe en los artículos 1.7, 2.4, 2.14, 2.16, 2.17, 2.18, 4.1, 4.2, 4.8, 5.2, 5.3, 5.8, 7.12, 7.17, 7.2.2, 7.4.8.

<sup>46</sup> El artículo 1853 del Código Civil Federal estipula: “Si alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto”.

<sup>47</sup> Sobre tema puede verse Labariega, Pedro, “Los principios del derecho europeo de los contratos y el *favor contractus*”, *Panorama internacional de derecho mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. II, México, Jurídicas-UNAM, 2006, pp. 381-408.

<sup>48</sup> Bolaños Linares, R., *Inversión extranjera*, México, Porrúa, 2002, pp. 104 y 105.

consentimiento (artículo 34 de la CVDT); o bien un fallo basado en cosa juzgada no afecta a los terceros que no han sido parte en el litigio; esto es, se crean obligaciones únicamente entre las partes que participan.<sup>49</sup>

7) *Ius cogens*. Significa que si todos los Estados, altas partes contratantes, se proclaman en el sentido contrario a un tratado, se suscribirá un nuevo tratado (artículo 64 relacionado con el artículo 53 de la CVDT).<sup>50</sup>

## 7. Organismos internacionales reguladores de la inversión extranjera directa

Con objeto de organizar y coordinar la forma en que se realizan las relaciones internacionales, a partir de la segunda guerra mundial se han creado organismos internacionales cuyas funciones son muy variadas en cuanto a las inversiones. Así, aunque los organismos no tienen una participación activa y directa, su actuación ha sido determinante para lograr el establecimiento de políticas que han permitido a los miembros conocer sus dificultades y tratarlas con mayor objetividad.<sup>51</sup>

A continuación se mencionan los organismos reguladores que intervienen en las inversiones extranjeras:

1. Organización Mundial del Comercio (OMC), instituido el 15 de abril de 1994, es un órgano internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países, con los objetivos de ayudar a que las corrientes comerciales circulen con la máxima libertad posible, alcanzar gradualmente una mayor liberalización mediante negociaciones y establecer un mecanismo jurídico imparcial de solución de controversias.<sup>52</sup>

Sus tareas van enfocadas tanto al comercio como a la propiedad intelectual; en lo medular, promueve el flujo de inversión transnacional y regula el Convenio sobre Medidas de Inversión Relacionadas con el Comercio (Trade Related Investment Measures —TRIM—), cuyo propósito es promover la inversión y evitar que estos restrinjan y distorsionen el comercio como los requisitos de desempeño y requisitos dirigidos a mejorar la balanza de pagos.<sup>53</sup>

Por otro lado, la OMC regula el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (General Agreement on Trade in Services —GATS—), autorizan-

<sup>49</sup> *Idem*. El aforismo completo es: “*res inter alios acta vel iudicata, alter nec prodest nec nocet*”, o bien “*res inter alios iudicata nullum aliis proeudicium facient*”.

<sup>50</sup> *Loc. cit.*

<sup>51</sup> Vázquez Tercero, H., *Inversiones extranjeras privadas directas en México*, México, Azteca, 1971, p. 25.

<sup>52</sup> Bolaños Linares, R., *op. cit.*, p. 137.

<sup>53</sup> Gómez Palacio, I., *op. cit.*, p. 33.

do el acceso a los inversionistas al mercado nacional de servicios cuando exista una presencia comercial del proveedor, estimulando con ella la inversión.<sup>54</sup>

2. Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*General Agreement on Tariffs and Trade* —GATT—), instituido en 1947, por medio de la Carta de La Habana, con objeto de regular, proteger, impulsar y coordinar el comercio a nivel internacional, mediante la igualdad en los tratados comerciales, liberalizando las operaciones respectivas con la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias; prohibir y combatir las prácticas desleales en las transacciones mercantiles mundiales.<sup>55</sup>

3. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), creada en 1960; su principal función es la de agrupar a los países más industrializados de economía de mercado, cuyos objetivos son efectuar la mayor expansión posible de la economía y el empleo, manteniendo su estabilidad financiera e impulsando el desarrollo económico mundial, dictar reglas sobre el comportamiento de las corporaciones trasnacionales mediante la equidad en sus transacciones u operaciones conducentes, así como en incentivos y cargos fiscales.<sup>56</sup>

Este organismo sirve también como foro de consulta intergubernamental en el que se intercambian ideas y experiencias relacionadas con las políticas que implementan los países miembros.<sup>57</sup>

4. Carta de los Derechos y Deberes Económicos de los Estados, impulsada por el gobierno mexicano el 12 de diciembre de 1974; esta carta propone centralmente la tutela de los países en vías de desarrollo frente a la inversión trasnacional y a los intereses de los países desarrollados, de tal forma que exista una igualdad de oportunidades en el plano internacional, para que cada nación pueda desarrollarse armónicamente, sin limitaciones de una forma justa y racional; ello, mediante el establecimiento del nuevo orden económico internacional.<sup>58</sup>

5. Código de Conducta de las Empresas Transnacionales, aprobado por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas el 1 de febrero de 1988, enfocado al fortalecimiento de la cooperación económica y social trasnacional internacional, acrecentando el apoyo de las empresas trasnacionales al desarrollo y crecimiento de los países en el rubro económico, por

<sup>54</sup> *Idem.*

<sup>55</sup> Sánchez Gómez, N., *op. cit.*, p. 114.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>57</sup> Perdomo Moreno, A., *Administración financiera de inversiones 3; inversión en mercados de capitales, de dinero, metales, amonedados, globalización económica y tratados de libre comercio*, México, PEMA, 2000, p. 115.

<sup>58</sup> Bolaños Linares, R., *op. cit.*, p. 130.

lo cual dicta una serie de lineamientos que todas las transnacionales deben respetar, como lo es el respeto a la soberanía y a las leyes, a los reglamentos y a las prácticas administrativas de cada país. Las actividades de las transnacionales deben ajustarse a las políticas, objetivos y prioridades de cada Estado en el que actúen.<sup>59</sup>

6. Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), formada el 7 de noviembre de 1989; su principal función es adoptar políticas económicas congruentes con los objetivos de desarrollo de la región Pácifico; esto es, impulsar el crecimiento y desarrollo de la región, incrementando el flujo de bienes y servicios, capital y tecnología, reduciendo barreras y fomentando la inversión de manera consistente con la OMC y con el GATT.<sup>60</sup>

7. Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), instituida en 1980; se constituyó como un área de preferencias económicas, que otorga concesiones favorables a los países de menor desarrollo, concediendo preferencias con equidad a miembros y no miembros. Estas preferencias económicas versan sobre la reducción de aranceles regionales y acuerdos para la disminución de los mismos.<sup>61</sup>

8. Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA), creada por el Banco Mundial en 1985, cuyo propósito era crear una agencia internacional, con personalidad jurídica propia, a fin de asegurar la inversión directa en países en vías de desarrollo, mediante la emisión de garantías contra los riesgos no comerciales de transferencia de divisas, expropiación, guerra o disturbio civil e incumplimiento de obligaciones contractuales.<sup>62</sup>

9. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creada por la convención de Washington en 1965, cuya sede es el Banco Mundial, y en la que tiene como facultades la administración del arbitraje para resolver controversias relativas a inversiones. No está vigente en México, pero es una fuente obligatoria en el TLCAN para Estados Unidos y Canadá.<sup>63</sup>

Como podemos observar, los organismos reguladores de las inversiones se forman de acuerdo con las regiones o subregiones, siendo no menos importante los demás organismos, como lo es la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), la Comisión Económica para la América Latina (CEPAL), Comunidad del Caribe (CARICOM), entre otros.

<sup>59</sup> Sánchez Gómez, N., *op. cit.*, p. 117.

<sup>60</sup> Perdomo Moreno, A., *op. cit.*, pp. 118 y 119.

<sup>61</sup> Sánchez Gómez, N., *op. cit.*, p. 116.

<sup>62</sup> Pérez-Nieto, L., *op. cit.*, p. 135.

<sup>63</sup> *Idem.*

## II. MARCO NORMATIVO NACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA

### 1. *Evolución legislativa de la IED en México*

El gobierno de la República mexicana ha tenido, jurídicamente hablando, cuatro posturas claramente definidas, frente al fenómeno de la inversión extranjera: la primera o casuística (iniciada en 1940), a través de la cual solucionó las hipótesis que fueron surgiendo, permitiendo, ciertamente, la IE con el permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores, hasta que finalmente constituyó un cuerpo legislativo; la segunda o regulatoria (comenzada en 1973), tendiente a lograr dos propósitos: supeditar la inversión extranjera a reglas fijas a fin de ajustarlas de forma global al desarrollo económico y social del país e intentar prever en un ordenamiento la mayor parte de los casos posibles; la tercera, o liberal (a principios de 1994), resultado de una práctica de quince años de aplicar la ley, más seis largos años de crisis económicas; y finalmente, un cuarto comportamiento (en las postrimerías del siglo XX- a partir de 1998) caracterizado por una total apertura.<sup>64</sup>

Iniciamos esta reseña histórica con la Constitución de 1917<sup>65</sup>. El 6 de febrero de 1922 (DOF), el presidente Obregón, a través de un acuerdo, expresó: “entretanto el Poder Legislativo dicta la ley reglamentaria del artículo 27 constitucional no serán inquietados *los extranjeros* que estén en posesión de esta clase de terrenos pendientes de titulación” (pfo. lo.). Más tarde surge la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional (21-01-1926 DOF), que reguló en forma categórica la prohibición para que las empresas que tuvieran socios extranjeros adquirieran inmuebles o derechos reales sobre los mismos en la llamada zona prohibida. El artículo 4o. se refiere a personas extranjeras físicas o morales. Luego, se creó el Reglamento a la Ley Orgánica de la Fracción I del Artículo 27 Constitucional (29-03-1926 DOF), cuya importancia radica en la aparición imperativa de la denomi-

<sup>64</sup> Noui, K., *La inversión extranjera directa en México*, tesis de maestría, México, Facultad de Administración y Contaduría Pública, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2002, p. 79; Dentón Navarrete, T., “Los procedimientos administrativos en materia de inversión extranjera”, *Alegatos*, México, núm. 37-38, septiembre 1997-abril 1998, 1998, p. 1.

<sup>65</sup> Ello no significa que anteriormente a la Constitución de 1917 no existieran disposiciones relativas a la IE. Solo por mencionar algunas: el Decreto sobre Extranjería y Nacionalidad, del 30 de enero de 1854, la primera que en forma sistemática ordenó la dispersa reglamentación de la materia. La Ley de Extranjería y Naturalización, del 28 de mayo de 1886, o Ley Vallarta, cuyo capítulo IV tituló: “los derechos y obligaciones de los extranjeros” (artículos 30-40), mediante los cuales reglamentó la situación jurídica de los extranjeros y los preceptos constitucionales de 1857; Siqueiros, *Síntesis...*, p. 623.

nada “cláusula Calvo” y de la “cláusula de Exclusión de Extranjeros”.<sup>66</sup> El reglamento utiliza la expresión “sociedades extranjeras”, con lo cual está reconociendo la capacidad jurídica de las personas morales extranjeras.

La Ley de Migración, del 13 de marzo de 1926 (*DOF*), primigenia disposición posrevolucionaria en ese campo, contiene las primeras preocupaciones por clasificar las corrientes migratorias, bajo el argumento de que dicha catalogación ayudaría a prevenir el peligro de una descomposición social, cultural y política, así como una degeneración racial de los mexicanos.<sup>67</sup> Esa regulación estableció no solo nuevas exigencias a los inmigrantes para que se introdujeran al país, sino también proporcionó al Ejecutivo Federal, poderes discrecionales para determinar todos los casos y los requisitos que habría de cumplimentar todo extranjero para permanecer en México, más de los que la ley explícitamente solicitaba.<sup>68</sup>

Es oportuno mencionar la Ley General de Sociedades de Seguros, publicada el 31 de mayo de 1926 (*DOF*), por ser el primer ordenamiento relevante en el ámbito asegurador, ya que abarcó todos los aspectos que en ese momento podía realizar una empresa que funcionara en el país, ya fuera mexicana o extranjera, en los distintos campos de dicho sector. Disposición tal exigía la autorización del Estado para practicar la actividad aseguradora, la cual debería publicarse en el *DOF*.

El 20 de febrero de 1928 México suscribió en La Habana la Convención sobre la Condición Jurídica de los Extranjeros, la cual se plasmó en el *DOF* del 14-08-1934. El artículo 5o. de este documento estableció la obligación de los Estados, de reconocer a los extranjeros, domiciliados o transeún-

<sup>66</sup> Robles Farías, D., *El régimen jurídico de los extranjeros que participan en sociedades mexicanas*, 2a. ed., México, Themis, 2001, p. 15. La doctrina “Calvo” se consignó en nuestra carta magna de 1917; gracias a ella se consagró la igualdad entre nacionales y extranjeros, se afirmó la propiedad de la nación sobre los recursos naturales del país y se sujetó al derecho de propiedad el interés colectivo. Es claro que estos dos principios han devenido los pilares en los que se sustenta la política y la legislación mexicanas en materia de inversiones extranjeras. Cfr. Sztajer, “Régimen de la inversión extranjera en México. Los últimos criterios oficiales”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la UIA*, México, núm. 8, 1976, p. 557.

<sup>67</sup> Yankelovich, P., “Nación y extranjería en el México revolucionario”, *Cuicuilco*, México, mayo-agosto, año/vol. 2011, núm. 031, p. 18.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 19. El ordenamiento limitó sustancialmente la inmigración al ordenar que los extranjeros, a su ingreso, tenían que mostrar una carta de compromiso de trabajo por un plazo no menor a un año o, en su defecto, exhibir solvencia económica suficiente para cubrir las necesidades individuales o familiares por un plazo de noventa días a partir de la internación al país. Además, el gobierno estaba facultado para prohibir temporalmente el ingreso de trabajadores inmigrantes, cuando a juicio de la autoridad hubiera escasez de trabajo en el país, y para ello el gobierno “conservará siempre la facultad de hacer la selección que juzgue conveniente”.

tes en su territorio, todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus propios extranjeros, de sujetarse a las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades de dichos derechos y garantías.<sup>69</sup>

El 4 de agosto de 1934 (*DOF*) se publicó la Ley de Sociedades Mercantiles, que reconoció la capacidad jurídica de la persona moral extranjera (hoy artículo 250).

Tanto la Ley de Aguas de Propiedad Nacional (31-08-1934 *DOF*)<sup>70</sup> como su Reglamento (21-04-1936 *DOF*) alentaron la participación de las personas físicas extranjeras, siempre que observaran los requisitos e hicieran las renunciaciones ordenadas por el artículo 27 constitucional.

Con posterioridad, se creó la Ley de Nacionalidad y Naturalización (*DOF* 20-01-1934), dando a conocer el *derecho de extranjería*, refiriéndose a los derechos y obligaciones de los extranjeros. El surgimiento en 1935 de la Ley General de Instituciones de Seguros (31-08-1935) fue determinante para esa actividad, ya que perseguía un triple propósito: a) *mexicanizar* la labor aseguradora (capital extranjero en mínima cuantía); b) recuperar para la Secretaría de Hacienda el control de las instituciones de seguros, y mantener un control más estricto de toda esa actividad. El 4 de marzo de 1942 (*DOF*) surgió un decreto que declaró *obligatoria la inscripción* en el nuevo registro para *todo extranjero residente* en el país. Luego, el 1.º de junio de 1942 (*DOF* 13-06-1942), Manuel Ávila Camacho dictó la Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías individuales, en donde se *facultaba a los extranjeros para realizar actos de comercio previa autorización del presidente de la República*.<sup>71</sup> Más tarde, el 7 de julio de 1944 (*DOF*) el mismo Ejecutivo pu-

<sup>69</sup> El artículo 2o. dispuso que “Los extranjeros están sujetos, tanto como los nacionales, a la jurisdicción y leyes locales observando las limitaciones estipuladas en la convención y tratados”. Véase Siqueiros, J., *Síntesis del derecho internacional privado*, México, Jurídicas-UNAM, 1971, p. 624. Dicho autor indica que tanto la Convención de La Habana de 1928 (a. VII) como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, suscrita en Bogotá en 1948 (artículo 38) establecen el deber de toda persona de abstenerse de actividades políticas privativas de los ciudadanos del Estado en que sea *extranjera*.

<sup>70</sup> La Ley de Aguas Nacionales (1-12-1992 *DOF*) sustituyó a dicha Ley. Última reforma: 20-06-2011 *DOF*.

<sup>71</sup> En efecto, el artículo 5o. de dicha disposición ordenaba que “La garantía otorgada en el artículo 4o. de la Constitución... tendrá las siguientes limitaciones: Los países enemigos... y sus *nacionales*, solamente podrán realizar *actos de comercio* en el territorio nacional mediante *autorización* del Ejecutivo, dictada en los términos de la ley especial sobre la materia” (fr. I), y limitar “la obligación de sujetarse a las disposiciones restrictivas que el Ejecutivo dicte cuando estime perjudicial el ejercicio de determinada profesión, industria, comercio o trabajo para los fines de la defensa nacional” (fr. II); además, el artículo 11 de dicha ley facultaba al Ejecutivo a *concentrar* por tiempo indefinido a *extranjeros* en lugares determinados. Aún más, la Ley Reglamentaria del Artículo 1o. de la Ley de Prevenciones Generales..., del 12



blicó el “Decreto que establece la necesidad transitoria de obtener *permiso para adquirir bienes, a extranjeros y sociedades extranjeras que tengan o tuvieren socios extranjeros*” (*decreto de emergencia o decreto del 51%*).<sup>72</sup> El ordenamiento reiteró principios de la Ley Orgánica de 1926, estableció otros, y fijó requisitos, varios de los cuales, tanto en materia de inversión extranjera como mexicana, todavía perduran, a pesar de haberse determinado expresamente que las disposiciones de ese decreto solo regirían en tanto estuviera vigente la suspensión de garantías decretada el 1o. de junio de 1942 (artículos 1o. y 2o.). En efecto, el artículo 3o. del decreto de 1944 contenía la *facultad discrecional* de la Secretaría de Relaciones Exteriores para negar, conceder o condicionar la *participación extranjera* en los diversos sectores de la economía nacional. Se trata, pues, del primer ensayo regulatorio de la inversión foránea en sectores ajenos a los prohibidos por el 27 constitucional.

En efecto, la finalidad de ese decreto fue para controlar la inversión del capital extranjero en México, como consecuencia de la suspensión de garantías individuales durante la Segunda Guerra Mundial. Dicha disposición establecía que las *sociedades con cláusula de admisión de extranjeros requerían permiso* de la Secretaría de Relaciones Exteriores para adquirir empresas ya constituidas o para tener un control corporativo de ellas.<sup>73</sup> Sin embargo, este ordenamiento resultó confuso tanto para los mexicanos como para los extranjeros, y permitió que las cosas se siguieran resolviendo de manera pragmática, como resultado de las presiones y las negociaciones.

Posteriormente, se publica el Decreto del 28 de diciembre de 1945 (DOF), en el que se levanta la suspensión de garantías constitucionales aprobada por el decreto de 1944, el cual siguió en vigor y fue abrogado en 1993, con la publicación de la Ley de Inversión Extranjera.<sup>74</sup> Mediante el decre-

de septiembre de 1942 (DOF), castigaba “Cualquiera violación a las garantías individuales inherentes a la integridad de la persona humana, a su seguridad, a su libertad y a su vida, en todo caso será sancionada con arreglo a las disposiciones del Código Penal..., sea cual fuere la autoridad infractora”. Cursivas añadidas. Véase Barrera Graf, J., *La regulación jurídica de las inversiones extranjeras en México*, México, UNAM, 1981, p. 14.

<sup>72</sup> “Que los mexicanos participen en el capital de sociedades cuando menos en un 51% de su monto” (artículo 3o., inciso a). El artículo 1o. prescribía: “Durante el tiempo en que permanezca en vigor la suspensión de garantías decretada el 1o. de julio de 1942, los *extranjeros* y las sociedades mexicanas que tengan o puedan tener socios *extranjeros* sólo podrán, mediante *permiso* que previamente y en cada caso otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores: adquirir...”: bienes inmuebles, dominio de tierras, concesiones de minas, etcétera Cursivas ajenas al texto.

<sup>73</sup> Cárdenas González, F. A., *Inversión extranjera. Extranjeros y sociedades*, México, Porrúa, 2007, p. 105.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 106.

to de 1945 se exigió por vez primera el requisito de la mayoría de capital mexicano en empresas dedicadas a la radiodifusión, la cinematografía, el transporte aéreo e interurbano, la piscicultura, la publicidad, el envasado de bebidas, y las ediciones y publicaciones, otorgando facultades discrecionales a la Secretaría de Relaciones Exteriores para su aplicación.<sup>75</sup>

Por acuerdo del 23 de junio de 1947 (*DOF*) se crea la Comisión Mixta Intersecretarial conformada por el Presidente de la República y los Secretarios de Relaciones Exteriores, Hacienda y Crédito Público, Economía Nacional, Comunicaciones y Obras Públicas, cuyo principal objetivo consistió en *coordinar las inversiones* nacionales y *extranjeras*. Dicha entidad dictó entre 1947 y 1953 doce resoluciones generales relativas a los requisitos que tenían que cumplir las acciones representativas del capital mexicano, los requerimientos a que debía sujetarse la inversión extranjera, y la obligación de la Secretaría de Relaciones Exteriores de consultar a la Secretaría de Economía y a Petróleos Mexicanos en materia de permisos industriales y petróleo, respectivamente. Esa Comisión, antecedente de la actual CNIE, pronunció la última resolución el 5 de octubre de 1953, fecha en que prácticamente dejó de operar en 1953.<sup>76</sup>

La Ley General de Instituciones de Seguros (12-09-1935 *DOF*), la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares (31-05-1941 *DOF*), la Ley Federal de Fianzas (29-12-1950 *DOF*) y la Ley de Sociedades de Inversión (31-12-1955 *DOF*), fueron reformadas y adicionadas (30-12-1965 *DOF*) de modo que únicamente las *personas físicas extranjeras* que no pertenecieran a algún grupo o entidad financiera podrían invertir en tales instituciones o sociedades.<sup>77</sup>

El 27 de diciembre de 1947 (*DOF*), bajo la presidencia de Miguel Alemán, se creó la Ley General de Población, cuyo artículo 48 enlistó cada una de las actividades para las que se permitiría el ingreso de *extranjeros en calidad de inmigrantes*; entre otras: para invertir su capital en cualquier ramo de la industria, la agricultura o el comercio de exportación, en forma estable y distinta a la de sociedades por acciones (fr. II); para invertir su capital en certificados, títulos o bonos del Estado o de las instituciones nacionales de crédito, en la forma y términos que determine la Secretaría de Gobernación (fr. III). En idéntica fecha (27-12-1947 *DOF*), aparece la Ley que crea la

<sup>75</sup> Sztajer, *op. cit.*, p. 558.

<sup>76</sup> *Idem*. Véase también Cruz González, F.J., *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 10, t. I, 1978, p. 445.

<sup>77</sup> Cruz, *op. cit.*, p. 447.

Comisión Nacional de Turismo, la cual habría de conocer y resolver todos los problemas relativos al *turismo* nacional y *extranjero*.

La Ley de Pesca (16-01-1950 *DOF*) posibilitó que las *personas físicas extranjeras* pudieran obtener concesiones y permisos, siempre y cuando cumplieran con los requisitos establecidos por el artículo 27 de la Constitución.<sup>78</sup>

La Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, publicada el 29 de noviembre de 1958 (*DOF*; última reforma 28-11-2008 *DOF*) y su Reglamento (25-08-1959 *DOF*), no solo reservó a favor de la nación la explotación de los hidrocarburos que constituyen la industria petrolera, sino que permitió la *participación de los particulares* en la petroquímica *secundaria*.<sup>79</sup>

La Ley Forestal (16-01-1960 *DOF*) y su Reglamento (23-01-1961 *DOF*) no permitieron a los *extranjeros* y a las sociedades por acciones mexicanas la participación en los aprovechamientos forestales.<sup>80</sup>

Años más tarde, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Explotación y Aprovechamiento de Recursos Minerales, del 6 de febrero de 1961 (*DOF*) y su Reglamento (7-12-1966 *DOF*) regularon la *participación de los extranjeros* en el capital de las empresas dedicadas a la explotación de la minería.<sup>81</sup>

Posteriormente, la industria automotriz (1962), la explotación del azufre (1965), así como algunas industrias básicas: siderúrgica, cementera, vidriera, fertilizantes, celulosa y aluminio (1976) fueron sectores regulados por *normas específicas* relacionadas con las *inversiones extranjeras*.<sup>82</sup>

Nos parece conveniente presentar lo que la doctrina considera los tres principales criterios de la política mexicana hacia la inversión foránea durante el periodo 1950-1970. Primeramente, el de asegurar el control nacional de actividades consideradas como estratégicas para el desarrollo económico del país (petróleo, electricidad y petroquímica básica). En segundo lugar, el de *controlar la participación del capital extranjero* en actividades *básicas o semibásicas*, las cuales ya referimos arriba. Terciariamente, el de ostentar una actitud de *puertas abiertas a la IED*, siempre que las empresas que se instalaran en nuestro territorio respetaran la legislación nacional vigente.<sup>83</sup>

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 446. Leyes anteriores: 04-02-1925; 03-09-1932; 13-01-1948.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 445.

<sup>80</sup> Véanse leyes anteriores: 24-04-1926 *DOF*; 17-03-1943; Reglamento a dicha Ley 28-06-1944; Cruz, *op. cit.*, p. 446.

<sup>81</sup> Cruz, *op. cit.*, p. 560.

<sup>82</sup> *Idem*.

<sup>83</sup> *Idem*.

Varios años después, surgen los decretos del 2 de julio de 1970 (*DOF*)<sup>84</sup> y del 30 de abril de 1971 (*DOF*), cuya importancia radicó en las facultades de la Secretaría de Relaciones Exteriores para negar, conceder o condicionar los permisos con discrecionalidad absoluta para emitir sus decisiones.<sup>85</sup> El 8 de junio de 1970 (*DOF*) se expidió el Reglamento de los artículos 2o. y 8o., fracción II bis de la Ley General de Instituciones de Crédito y Organizaciones Auxiliares, que permitía la adquisición del 25% o más de las acciones de una institución y organización de las mencionadas, previa autorización de la Secretaría de Hacienda. En ese orden de ideas, el 9 de febrero de 1971 (*DOF*) se expidió el Reglamento a la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, en Materia Petroquímica, el cual *limitó al 40% la participación de capital extranjero en empresas de petroquímica secundaria*. Luego vendría un Acuerdo (30-04-1971), que autorizó a la Secretaría de Relaciones Exteriores a otorgar permisos a instituciones nacionales de crédito para adquirir, como fiduciarias, el dominio de inmuebles destinados a actividades industriales o turísticas en fronteras y costas (zona prohibida). La Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos y su Reglamento (11-01-1972 y 06-05-1972 *DOF*, respectivamente) que exigió a las empresas del sector constituirse con capital mexicano de por lo menos el 51% o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, con acciones nominativas y administración de la corporación por mexicanos. La Ley Federal de Fomento a la Pesca (25-05-1972 *DOF*), que señaló requisitos semejantes a los de la ley arriba citada para las compañías que buscaran obtener las concesiones en materia pesquera contenidas en esa ley, y el Decreto por el que se fijan las bases para el desarrollo de la industria automotriz (24-10-1972 (*DOF*), en donde se determina que el capital mexicano en sociedades dedicadas a la manufactura de partes componentes para automotores no habrá de ser menor al 60%; esto es, *se permitió la inversión extranjera* en dichas sociedades de hasta un 40% (artículo 33), acciones nominativas representativas de ese tanto por ciento, y, al menos mediante esta disposición se crea la Comisión Intersecretarial de la Industria Automotriz (artículo 40).<sup>86</sup>

Más tarde, se publica una importante disposición, que va a regular ordenada y sistemáticamente la *inversión proveniente del exterior*. Se trata de la Ley

<sup>84</sup> Mediante esta disposición se estableció el 49% como máximo de IE en el capital de sociedades en los sectores de la siderurgia, cemento, vidrio, fertilizantes, celulosa y aluminio.

<sup>85</sup> Robles Farías, D., *op. cit.*, p. 17. Efectivamente, el decreto facultó a la Secretaría de Relaciones Exteriores a conceder permisos a las instituciones nacionales de crédito para adquirir como fiduciarias el dominio de bienes inmuebles destinados a la realización de actividades industriales o turísticas dentro de la zona prohibida.

<sup>86</sup> Cruz, *op. cit.*, pp. 449 y 450.

para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, del 9 de marzo de 1973 (*DOF*). Esta ley terminó con la anarquía de regulaciones anteriores y concentró en un solo ordenamiento las principales disposiciones sobre el tema que se encontraban antes. Dicha ley no pretendió ahuyentar la inversión extranjera, sino disciplinarla a los propósitos internos de su desarrollo y regular el comportamiento de las empresas en las que participaba.<sup>87</sup> Efectivamente, su objetivo tendía a estimular un desarrollo justo y equilibrado, consolidando la independencia económica del país (artículo 1o.).<sup>88</sup>

Además, con fundamento en el artículo 11 de dicha Ley, se creó la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (CNIE) (8-05-1973 *DOF*), cual “órgano del más alto nivel”, encargado de valorar “permanentemente el funcionamiento y los efectos de la inversión extranjera en nuestro país para ir dictando normas que la ajusten a los intereses de México”,<sup>89</sup> con la flexibilidad que requieran las circunstancias. En efecto, se trata de una entidad que tiene la responsabilidad de aplicar las normas de la ley y decidir respecto a las autorizaciones, limitaciones y condiciones impuestas a la inversión foránea. Además, este órgano tiene como meta primordial proveer los criterios que permitan una aplicación realista de los principios de la Ley, así como clarificar las dudas que pudieran desorientar a la IE limitando su contribución al logro de objetivos de desarrollo económico que la sociedad mexicana se ha propuesto (artículos 8 y 9 de la LIE).<sup>90</sup> Para alcanzar dicha pretensión, la CNIE expide resoluciones generales (normativas, reglamentarias e interpretativas) (artículos 5o. inciso a, 15, 26, frs. I, IV VI; 16 segunda parte; 19 y 25 fr. I de la Ley para Promover... (artículo 26, frs. I y IV de la vigente Ley de Inversión Extranjera) y del Reglamento a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera (RRIE): artículos 1o., fr. IV; 39), y específicas o concretas (artículos 5o. inciso a y pfo. 3º *in fine*; 9o.; 12 frs. II, III y IV; 13);<sup>91</sup> La Comisión también tiene la facul-

<sup>87</sup> Robles Farías, *op. cit.*, p. 18.

<sup>88</sup> La Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera contaba con un capítulo especial, el IV, con cinco artículos, del 18 al 22, que reglamentaban la existencia de fideicomisos en la faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras o en la zona de 50 kilómetros a lo largo de las playas del país.

<sup>89</sup> Descripción que fue plasmada en la iniciativa de dicha ley.

<sup>90</sup> Sztajer, *op. cit.*, p. 565.

<sup>91</sup> *DOF* del 5-11-1975, en el que se publicaron las diez primeras resoluciones generales emitidas por la CNIE relativas a las empresas maquiladoras, aumentos de capital en empresas con participación extranjera, etcétera. Sobre tema de las resoluciones véase Barrera Graf, *op. cit.*, p. 161; Álvarez Soberanis, “Las nuevas resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Alcances y perspectivas”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho*, México, núm. 18, 1986, pp. 169 y ss.

tad de autorizar o denegar un proyecto de inversión cuando la incursión de la IE rebase el porcentaje establecido en la LIE. En tales casos, a pesar de que se rebase el porcentaje, es factible conseguir una resolución favorable a la inversión (artículos 26, fr. II, 8º y 9º; artículos 7, y 23 del RRIE).<sup>92</sup> También esta comisión desempeña funciones consultivas (artículo 12, fr. V) y deviene autoridad para efectos del juicio de garantías.<sup>93</sup>

<sup>92</sup> Cruz, *op. cit.*, p. 453. Luego de tres años de vigencia de la Ley para Promover la Inversión... ha habido un número reducido de hipótesis, aproximadamente diez, en los que la CNIE ha resuelto aprobar de modo temporal una participación superior al 49%. De esa cifra relativa resoluciones favorables de la CNIE hasta diciembre de 1975, tan solo en cinco ocasiones se constituyeron nuevas sociedades con participación de capital extranjero por encima del porcentaje general establecido por la Ley. Adviértase que la participación extranjera mayoritaria fue aceptada, en términos generales, de manera transitoria, condicionada a que en plazos razonables, tanto el capital como la administración de las sociedades se transmitan a mexicanos; así Sztajer, *op. cit.*, p. 572. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido claramente las facultades de la CNIE al expresar que: "INVERSIÓN EXTRANJERA. REQUIERE AUTORIZACIÓN. Como el artículo 12, fracción III, de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Extranjera, habla de que la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras tendrá como atribución, entre otras, resolver sobre la inversión extranjera que se pretenda efectuar en empresas establecidas o por establecer en México, o en nuevos establecimientos, ello implica, en opinión de este tribunal, que la inversión extranjera requiere autorización previa cuando se trata de efectuar una nueva inversión (durante la vigencia de la ley) en una empresa ya establecida, o cuando esa empresa pretende crear establecimientos nuevos, lo que incluye, naturalmente, el establecimiento de agencias nuevas, pues habla sin distinguo alguno de inversiones, lo que incluye necesariamente una nueva inversión o reinversión, que es lo mismo; es decir, aun la ampliación de capital en la misma empresa o la nueva inversión en nuevas agencias o establecimientos, es evidentemente una inversión, independientemente de que no sea la inversión inicial. Otra manera de interpretar la ley resulta ficticia y tendría el indebido efecto de cercenar la operación normal y lógica del precepto, lo que es contrario a las reglas de la hermenéutica. Siendo de notarse, a mayor abundamiento, que conforme al artículo 2o. de la ley a comento se consideran inversiones extranjeras las que se realicen por personas físicas o morales extranjeras, por unidades económicas extranjeras sin personalidad jurídica y por empresas mexicanas en que participe mayoritariamente capital extranjero o en que los extranjeros tengan la facultad de determinar el manejo de la empresa". Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito. Amparo directo 677/78. Industrias Alta Mar, S.A. 14 de marzo de 1979; *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima época, T. 121-126, p. 107. Tesis aislada. Cursivas añadidas.

<sup>93</sup> En este sentido, un criterio aislado de la Suprema Corte declara: "COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS. ES AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. Si bien es cierto que, conforme al artículo 12, fracción V, de la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, la citada Comisión tiene *funciones consultivas*, es asimismo verdad que, según se infiere de las restantes fracciones del propio precepto, especialmente de la VI, *la Comisión tiene el carácter de autoridad para los efectos del juicio de garantías*, pues tal fracción faculta al mencionado organismo para establecer los criterios y requisitos con apego a los cuales habrán de aplicarse las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversiones extranjeras, y dichos criterios deben ser acatados por los titulares de las diversas dependencias del Ejecutivo Federal que integran la misma Comisión".

Conviene apuntar que todo el proceso de asimilación de la IE en México está regulado por dicha Comisión, cual organismo que funciona al más alto nivel ministerial, y hoy en día está integrada por los secretarios de Gobernación, de Relaciones Exteriores, de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Social, de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, de Energía, de Economía, de Comunicaciones y Transportes, de Trabajo y Previsión Social, y de Turismo (artículo 23 LIE).<sup>94</sup> También mediante este ordenamiento (artículo 23 y 24 de la Ley para Promover...) se instituye el Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (artículos 42-51 RRIE), ampliándose a su vez el campo de regulación a la inversión extranjera a todos los sectores de la economía.<sup>95</sup> La Ley asignó al Registro tanto funciones de control como de centralización de la información que el gobierno mexicano requiere para determinar la política que ha de seguir en dicho sector (artículo 23, pfo. 2o. de la Ley para Promover...; artículo 43 RRIE, entre otros).

Diecinueve años después de publicada la Ley, aparece el Reglamento a la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, el 16 de mayo de 1989 (DOF);<sup>96</sup> en él *se reducen las limitaciones impuestas al capital foráneo*; dicho ordenamiento rebasaba su supuesto carácter regulatorio, creando un ambiente de mayor apertura a la inversión extranjera y estableciendo normas de promoción, más que de regulación de este tipo de inversión.

En los inicios de 1984 (17.02.1984 *DOF*) se expiden “Los lineamientos sobre inversiones extranjeras y propósitos de su promoción”, documento

Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Precedentes:

Amparo en revisión 728/76. Navimex, S. A. de C. V. 17 de marzo de 1977. *Semanario Judicial de la Federación*. 7a. época, Sexta Parte, vols. 97-102. P. 63. Tesis aislada. Cursivas añadidas.

Nota: En el Informe de 1977, Tercera Parte, Tribunales Colegiados de Circuito, tesis 10, página 119., la tesis aparece bajo el rubro “AUTORIDAD PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO. LO ES LA COMISIÓN NACIONAL DE INVERSIONES EXTRANJERAS”.

<sup>94</sup> La Comisión está reglamentada en los artículo 23 a 30 de la LIE, así como en los artículos 80 a 83 del RRIE.

Sus funciones principales son:

1. Dictar los lineamientos de política en materia de inversión extranjera;
  2. Resolver las solicitudes de autorizaciones para que los extranjeros, o sociedades mexicanas con más del 49% de inversión extranjera en su capital,
  3. Ser órgano de consulta para la administración pública federal
- Establecer los criterios para la aplicación de las disposiciones legales y reglamentarias sobre inversión extranjera, mediante la expedición de resoluciones generales.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>96</sup> Última reforma al Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras publicada en el *DOF* del 4 de mayo de 2009.



mediante el cual la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras establece con claridad y precisión las características del nuevo enfoque en el tratamiento de la IE en México, así como las actividades prioritarias susceptibles de captarla en forma mayoritaria.<sup>97</sup>

Prácticamente a partir de 1985 comienza la liberación económica en nuestro país.<sup>98</sup> México ingresó al GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) en 1986, lo cual agregó credibilidad a su apertura.<sup>99</sup>

El Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994,<sup>100</sup> en su capítulo de política de comercio exterior, establece como objetivos: “e) Buscar que la *inversión extranjera*, la transferencia de tecnología y el acceso a los recursos externos contribuyan a los propósitos de la política comercial del país”. Y más adelante este instrumento añade:

En el logro de estos objetivos, las acciones de política habrán de orientarse por los siguientes puntos:

1. *Alentar la inversión* privada, nacional y *extranjera*, mediante una política económica certera y clara, y con un marco tributario que sea competitivo a nivel internacional.

2. Propiciar la modernización tecnológica de la industria nacional, a través de la *protección* de la propiedad intelectual, la *inversión extranjera* y la vinculación eficaz de la oferta de tecnología nacional a las demandas de los diversos sectores productivos.

Años después, el 27 de diciembre de 1993 (*DOF*), surge la actual Ley de Inversión Extranjera —LIE—, la cual permitió que la *IE incursionase en casi todas las actividades económicas*;<sup>101</sup> cinco años más tarde, el 8 de septiembre de 1998 (*DOF*), aparece el Reglamento a dicha Ley.

En ese momento México dejó de ser una economía proteccionista para convertirse en una de las más abiertas de Latinoamérica. De este modo, devino en uno de los mayores receptores de la inversión extranjera directa.

<sup>97</sup> Álvarez Soberanis, J., “Las nuevas resoluciones generales de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras. Alcances y perspectivas”, *Jurídica, Anuario, Derecho*, México, núm. 18, 1986, p. 180.

<sup>98</sup> Ya que el proceso de adhesión de México al GATT comenzó formalmente el 27 de noviembre de 1985.

<sup>99</sup> Dovring, Folke, “Overview”, en Aspe, P. y Sigmund (eds.), *The Political Economy of Income Distribution in Mexico*, Nueva York, Holmes and Meier, 1984, p. 37. El 1o. de enero de 1995, la OMC sustituyó al GATT, que llevaba en funcionamiento desde 1947, como organización encargada de supervisar el sistema multilateral de comercio.

<sup>100</sup> Salinas de Gortari, C., *Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994*, México, pp. 85 y 86.

<sup>101</sup> Salinas de Gortari, C., *México: un paso difícil a la modernidad*, Plaza & Janés, 2002, p. 87.



En esa época, nuestro país se caracterizaba por un cambio en la apreciación del papel que juega la IED en la economía nacional, además de promover el nuevo orden económico denominado “Nuevo liberalismo económico”, en el que el Estado se retrae y deja actuar al mercado y a la IED dentro de un margen de menor regulación.

La nueva Ley de Inversión Extranjera fue el resultado de los compromisos asumidos en el TLCAN, el cual consagra el principio de derecho internacional privado conocido como “trato nacional”.<sup>102</sup>

La introducción de este nuevo régimen autorizó la *participación de la IED en montos superiores al 49% como antes se señalaba, permitiéndose ahora hasta el 100%*, siempre y cuando dicho sector no se halle comprendido en alguna de las actividades reservadas (artículos 4o.; 8o. y 9o. LIE).

Finalmente, se publica el 8 de septiembre de 1998 (DOF; última reforma publicada 04-05-2009) el Reglamento a la Ley de Inversión Extranjera y al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras, que abrogó el de 1989.

El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2012 declara, en el eje quinto, que *abre las puertas a la inversión productiva*, y que se propone *mejorar las condiciones para la inversión*; y en el eje dos expresa que ha de continuar con el proceso de apertura comercial y atracción de inversión *extranjera directa*, pues esta tiene la ventaja de transferir tecnología que no están a la venta.

## 2. Fundamentos constitucionales relacionados con la IED

Nuestra Constitución contiene, en diversos preceptos, expresiones que de una forma u otra tienen que ver con la situación jurídica de los extranjeros:<sup>103</sup>

a) *Artículo 1o.* En el que se consagra el principio general de *equiparación o de igualdad* entre nacionales y *extranjeros*.<sup>104</sup>

b) *Artículo 2o.* Declara la libertad y la protección de las leyes para todo *esclavo extranjero* que pise territorio nacional.

c) *Artículo 5°.* Otorga la *libertad a toda persona* para que se dedique a la *profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícitos*, así como ordena al Estado no permitir que se lleve a efecto convenio, contrato o pacto alguno que implique el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad personal por cualquier causa.

<sup>102</sup> Cárdenas González, F. A., *op. cit.*, p. 114. En virtud del TLCAN, las filiales de compañías aseguradoras extranjeras pudieron, de nuevo, establecerse en nuestra patria.

<sup>103</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente (CPEUM).

<sup>104</sup> Algunos estudiosos estiman este postulado como el fundamento mismo de los derechos humanos.

d) *Artículo 14*. Contiene disposiciones que pueden afectar a toda persona que se encuentre en territorio mexicano y, por ende, al *extranjero*: las relativas a la prohibición de la retroactividad, el derecho de audiencia o garantía del debido proceso y la estricta aplicación de la ley a las resoluciones judiciales.<sup>105</sup>

e) *Artículo 15*. Impide la concertación de *convenios o tratados* a través de los cuales se alteren las *garantías individuales* consagradas por la Constitución para el hombre y el ciudadano (consecuentemente, también para el extranjero).

f) *Artículo 25*. En él se establece que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional, el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza (pfo. 1o.); para lo cual el propio Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general (pfo. 2o.), de tal forma que los tres sectores de la economía concurrirán al desarrollo nacional, sin menoscabo de *otras formas de actividad económica* que contribuyan al desarrollo de la nación (pfo. 3o.). También el Estado podrá participar por sí o con los sectores social y *privado*, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo (pfo. 4o.). Además, bajo criterios de equidad social y productividad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y *privado de la economía*, sujetándolos a las *modalidades* que dicte el interés público y al uso, en beneficio general (pfo. 5o.).

g) *Artículo 26*. Precepto que ordena al Estado organizar un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación, lo cual se hará conforme a un *Plan Nacional de Desarrollo*, al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.<sup>106</sup>

h) *Artículo 27*. Este numeral, además de establecer el régimen de la propiedad en México, indica que la capacidad para adquirir el dominio de las tierras y aguas de la nación se regirá por el hecho contemplado en la fracción I, párrafo 1o. del precepto en comento, de que solo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de aguas o minas. *El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones*

<sup>105</sup> Véase jurisprudencia, *supra*, nota 31.

<sup>106</sup> El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2012 declara, en el eje quinto, que *abre las puertas a la inversión productiva*, y que se propone *mejorar las condiciones para la inversión*; y en el eje dos expresa que ha de continuar con el proceso de apertura comercial y atracción de inversión *extranjera directa*, pues esta tiene la ventaja de transferir tecnología que no está a la venta.

*Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos* (cláusula Calvo). Y la fracción IV, párrafo 2o., en donde se indica que *la ley señalará las condiciones para la participación extranjera en dichas sociedades* (sociedades mercantiles por acciones). Este precepto ha sufrido varias reformas y cuenta con algunas leyes reglamentarias que son importantes.<sup>107</sup>

i) *Artículo 28*. Esta norma prohíbe el establecimiento de monopolios en México, así como sus prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. Dicho artículo también menciona las actividades no consideradas monopólicas y que podrán desarrollar el Estado exclusivamente. También se establece que se podrán otorgar subsidios a actividades prioritarias, cuando sean generales de carácter temporal y no afecten sustancialmente las finanzas de la nación. Evidentemente, la prohibición de incurrir en prácticas monopólicas también está dirigida a los extranjeros.

j) *Artículo 31*. Este artículo obliga a los mexicanos a contribuir para los gastos públicos, sean federales o locales en que residan, de la manera proporcional y equitativa en que dispongan las leyes. Este precepto también aplica a los extranjeros por todas las actividades realizadas que impliquen cargas tributarias o pago de impuestos.

k) *Artículo 32*. Este numeral ordena que en tiempo de paz los *extranjeros* no podrán prestar sus servicios al ejército, a la policía o a la seguridad pública. En párrafo final dispone que “los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano”.

l) *Artículo 33*. Este precepto: “a) define quienes tienen la situación jurídica de *extranjeros*; b) dispone que tienen derecho a gozar de las garantías individuales que la propia Carta Magna reconoce a toda persona; c) establece la salvedad de que el Presidente de la República tiene la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional a los *extranjeros* cuya permanencia juzgue inconveniente; d) prohíbe al *extranjero* intervenir en los asuntos políticos del país”.<sup>108</sup>

<sup>107</sup> Hasta 1992 se contaban dieciséis reformas: *DOF*: 10-01-1934; 06-12-1937; 09-11-1940; 21-04-1945; 12-02-1947; 02-12-1948; 20-01-1960; 29-12-1960; 08-10-1974; 06-02-1975; 06-02-1976; 06-02-1976; 03-02-1983; 10-08-1987; 06-01-1992; 28-01-1992.

<sup>108</sup> Galindo Garfias, I., “Comentario al artículo 33”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, p. 416. El artículo 2o., fr. IV de la Ley de Nacionalidad (reglamentaria de los artículos 3o. y 33 constitucionales) es categórico al expresar que deviene *extranjero* “aquel que no tiene la nacionalidad mexicana”.

m) *Artículo 73*. Este canon establece las facultades del Congreso de la Unión para “expedir leyes sobre planeación nacional del *desarrollo económico y social*” (fr. XXIX-D), “expedir leyes para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de *orden económico*”... (f. XXIX-E); “legislar en toda República sobre *hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear*” (fr. X); “dictar leyes sobre *condición jurídica de extranjeros*” (fr. XVI),<sup>109</sup> “expedir leyes tendientes a la *promoción de la inversión mexicana*, la regulación de la *inversión extranjera*, la transferencia de tecnología” (XXIX-F), etcétera.

n) *Artículo 117*. En él se establecen prohibiciones a las entidades federativas para que en ningún caso puedan gravar directa o indirectamente la entrada o salida a su territorio a ninguna mercancía, etcétera.

o) *Artículo 118*. En él se determina que los estados de la Federación tampoco pueden, sin consentimiento del Congreso de la Unión, establecer derechos de tonelaje ni imponer contribuciones o derechos sobre importaciones o exportaciones. Obviamente que el comportamiento de las entidades federativas puede, en un momento dado, afectar a la inversión extranjera.

p) *Artículo 122*. Este artículo norma al Distrito Federal y establece la operación de la división del poder dentro de su circunscripción, facultando al Legislativo local a expedir normas sobre *fomento económico, establecimientos mercantiles, planeación del desarrollo, mercados*, abasto y demás materias que puedan fomentar el *flujo de la inversión* a la ciudad de México y zonas aledañas.

q) *Artículo 130*. Esta norma faculta a los *extranjeros* a ejercer el ministerio de cualquier culto, si se satisfacen los requisitos solicitados por la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público (15-07-1992 *DOF*; última reforma publicada, *DOF* 25-05-2011), la cual establece: “siempre que comprueben su situación migratoria regular en el país, en los términos de la Ley de Migración” (artículo 13).

r) *Artículo 131*. Mediante este precepto se indica que es facultad privativa de la Federación *gravar las mercancías* que se importen o exporten, o que

<sup>109</sup> Al respecto, existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que expresa: “EXTRANJEROS, FACULTADES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN PARA LEGISLAR SOBRE LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS. Los artículos 73, fracción XVI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización, no limitan la facultad legislativa del Congreso de la Unión a los derechos públicos de los extranjeros, si no que también comprenden los *derechos privados*, puesto que ambos preceptos reservan exclusivamente al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de *condición de los extranjeros y el de modificar o restringir los derechos civiles de que gozan éstos*”. *Semanario Jurídical de la Federación*, 7a. época, vol. 58, primera parte, p. 23, vol. 60, primera parte, p. 95. Visible también en el *Apéndice 1917-2000*, t. I, *Pleno*, Jurisprudencia. Constitucional, Histórica, p. 676. Cursivas nuestras.

pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo y aun prohibir por motivos de seguridad la circulación en el interior de la República de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia. Igualmente, posibilita al Ejecutivo a ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, a fin de regular el *comercio exterior, la economía del país*, su estabilidad de la producción nacional o de otros propósitos.

s) *Artículo 133*. Este artículo preceptúa como ley suprema de toda la Unión a la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los *tratados internacionales*, de los cuales México ha suscrito diversos en materia *comercial y de inversión*.<sup>110</sup>

### 3. *Ámbito legislativo relativo a la inversión extranjera directa*

Dentro del marco legislativo de la inversión extranjera directa existe una regulación nacional específica y complementaria que afecta a las inversiones o a los inversionistas, la cual en forma *ejemplificativa* a continuación se despliega:<sup>111</sup>

1. La Ley de Inversión Extranjera (LIE) del 27-12-1993 (DOF).<sup>112</sup> Es muy elocuente la Exposición de motivos de esta Ley al señalar que este or-

<sup>110</sup> Véase al respecto el criterio de la jurisprudencia de la Corte Suprema: SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Primera Sala, T. XX, octubre de 2004, p. 264. TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXV, abril de 2007, p. 6. Tesis aislada.

<sup>111</sup> Vázquez Tercero, H., *op. cit.*, pp. 356-370.

<sup>112</sup> La cual ha tenido varias modificaciones en (12-05-1995 y 07-06-1995 (DOF), 24-12-1996 (DOF), 23-01-1998 (DOF), 19-01-1999 (DOF) y 04-06-2001 (DOF).

a. Por la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, del 12 de mayo de 1995 (DOF). El artículo 17 de dicha disposición determina: "Las concesiones sólo se otorgarán a personas morales mexicanas".

La *inversión extranjera* podrá participar hasta el cuarenta y nueve por ciento en el capital social de las empresas concesionarias a que se refiere esta Ley.

Se *requerirá resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras* para que la inversión a que se refiere el párrafo anterior participe en un porcentaje mayor. Dicha Comisión deberá considerar al resolver, que se propicie el desarrollo regional y tecnológico, y se salvaguarde la integridad soberana de la nación. *Cursivas añadidas*.

b. Por el artículo tercero del Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización; de la Ley de Inversión Extranjera; de la Ley de

denamiento ha de ser un instrumento claro y actualizado que proporcione al inversionista extranjero certidumbre respecto de las actividades que están reguladas por las disposiciones en la materia y por las disposiciones de carácter general aplicables a éstas.<sup>113</sup> En su artículo primero esta disposición declara: “Su objeto es la determinación de reglas para *canalizar la inversión extranjera* hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional”. En tal virtud, consagra una regla general de apertura sectorial contenida en su artículo cuarto, la cual *permite a la inversión extranjera (IE) participar en cualquier proporción en el capital social de las sociedades mexicanas*; abrir y operar establecimientos, con las excepciones y limitaciones que dicho ordenamiento contempla. El artículo 7o. establece distintos porcentajes para la IE, por ejemplo un 10% en cooperativas de producción (fr. I); un 25% en transporte aéreo nacional, especializado y aerotaxi (fr. II); hasta el 49% en aseguradoras, afianzadoras, etcétera (fr. III). Mientras que el artículo 8o. de la LIE señala que la IE podrá participar en un porcentaje mayor al 49% en las actividades económicas y sociedades que contempla en sus doce fracciones; por ejemplo, la telefonía celular (fr. 9). La aplicación de esa regla general trajo como consecuencia que más del 90% de las actividades económicas de nuestra nación estén totalmente abiertas a la inversión foránea, amén de que las reformas practicadas a la LIE han profundizado, por una parte, la apertura de algunos sectores económicos a la IE (por ejemplo, la comunicación vía satélite y los ferrocarriles ya no forman parte del sector estratégico reservado exclusivamente al Estado, según reforma a las frs. V y X del artículo 5o. de la LIE —DOF 07-06-1995— en relación con el párrafo 4o. del artículo 28 constitucional, cuya modificación se realizó el 02-03-1995 DOF) y, por otra, han instaurado mecanismos que favorecen la desregulación y simplificación administrativas. Este ordenamiento requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que como fiduciarias, las sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros puedan adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida, que sean destinados a fines residenciales, en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta Ley; y las personas físicas o morales extranjeras (artículo 11).

2. El Reglamento a la LIE y al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras del (DOF 08-08-1998 – última reforma publicada 04-05-2009) ad-

Sociedades Mercantiles, y del Código Civil para el D. F. y para toda la República en Materia Federal, del 2 de diciembre de 1996 (DOF).

c. Por el Decreto por el que se Reforman Diversos Ordenamientos Legales (relativo a disposiciones sobre nacionalidad), del 23 de enero de 1998 (DOF).

<sup>113</sup> Véase Iniciativa de Decreto por el que se Reforman, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones [...] de la Ley de Inversión Extranjera [...], del 25-11-1996, p. 7.

ministrativamente considerado, determina la reglamentación de la LIE, al respetar y esclarecer el alcance de la apertura sectorial regulada en la ley, así como sus elementos de simplificación administrativa). Precisa qué se entiende por mayoría de capital extranjero (artículo 1o., fr. IV), por participación de inversión extranjera (artículo 1o., fr. V). Indica los requerimientos que deben cubrir las personas físicas y morales extranjeras para adquirir dominio de bienes inmuebles ubicados fuera de la zona restringida u obtener concesiones para la explotación de aguas en territorio nacional (artículo 8, relacionado con el artículo 10 A de la LIE).

3. La Resolución número 12 de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras (06-07-2011 *DOF*), que determina el monto actualizado del valor total de los activos a que hace referencia el artículo 9o. de la Ley de Inversión Extranjera.<sup>114</sup>

4. Ley de Nacionalidad (23-01-1998 *DOF*; última reforma 12-01-2005 *DOF*) reglamentaria de los artículos 30, 32 y 37, apartados A y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determina quiénes son *extranjeros* (aquel que no tiene la nacionalidad mexicana: artículo 2, fr. IV, “conforme a lo previsto por el artículo 30 de la Constitución”, expresión añadida por el artículo 3, fr. XI de la Ley de Migración), establece que “Las personas *físicas y morales extranjeras* deberán cumplir con lo señalado por el artículo 27 constitucional” (artículo 9); declara que el “Estado mexicano garantizará el ejercicio de los derechos y libertades de los *extranjeros* reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano y en las disposiciones jurídicas aplicables, con independencia de su situación migratoria” (artículo 6); el capítulo II regula las *diferentes calidades de extranjeros* personas físicas (artículos 52-65). Este ordenamiento es muy claro al señalar que “Los extranjeros deberán acreditar su situación migratoria regular en el país, en los actos jurídicos en los que se requiera de la intervención de los notarios públicos, los que sustituyan a éstos o hagan sus veces, en lo relativo a cuestiones inmobiliarias, y los corredores de comercio. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, la Ley de Inversión Extranjera y demás leyes y disposiciones aplicables, *los extranjeros* deberán formular las renunciaciones correspondientes” (artículo 65).

5. Ley General de Población (*DOF* 07-01-1974; última reforma *DOF* 25-05-2011), ordena a los *extranjeros* inscribirse en el Registro Nacional de Población a través del Catálogo de los Extranjeros Residentes en la República Mexicana (artículo 87, II). Además, el catálogo se integra con la infor-

<sup>114</sup> Cfr. *DOF* del 06-07-2011.



mación de carácter migratorio existente en la propia Secretaría de Gobernación (artículo 90; artículos 78 y 79 del Reglamento a dicha ley).

6. El Reglamento a la Ley General de Población (*DOF* 14-04-2000; última reforma publicada *DOF* 10-01-2011): regula y establece las diversas formas de internación al país, de *extranjeros* personas físicas. Por ejemplo, prescribe que “los *extranjeros y extranjeras* que pretendan internarse al territorio nacional acreditarán su calidad migratoria con los documentos correspondientes y, en su caso, deberán llenar los requisitos que se fijen en sus permisos de internación y los que de acuerdo con la característica migratoria conferida conforme a la Ley deban ser previos a su admisión” (artículo 90). Regula las figuras de visitantes de negocios e inversionista, visitante técnico o científico, visitante rentista, visitante profesional, visitante cargo de confianza, visitante observador de derechos humanos, visitante para conocer procesos electorales, visitante consejero, ministro de culto o asociado religioso, asilados políticos, refugiado, estudiantes, visitantes distinguidos, visitantes locales, visitantes provisionales, corresponsal, etcétera (artículos 139-173).

7. Ley de Migración, del 25 de mayo de 2011 (*DOF*), indica quién es extranjero (artículo 3, fr. XI), consagra el respeto irrestricto a los derechos humanos de los extranjeros, fomenta la integración social entre nacionales y extranjeros residentes en el país (artículo 2), se compromete a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de los extranjeros reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano (artículo 6), etcétera.

8. Código Civil Federal: determina la *igualdad* de nacionales y *extranjeros*, señala la *capacidad* de los *extranjeros* y de las personas morales para adquirir bienes raíces (artículos 12, 13, fr. III, 2736 CCF). Determina, en general, la aplicación del *derecho extranjero* (artículo 14, 15).

9. Código Federal de Procedimientos civiles: establece los requisitos que deben contener los *documentos públicos del extranjero* para que tengan validez en México.

10. Código de Comercio (07-10-1889 *DOF*; última reforma publicada 27-01-2011 *DOF*): en congruencia con la carta magna reconoce a *extranjeros y sociedades extranjeras* libertad para ejercer el comercio (artículo 13 relacionado con los artículos 15 y 3o., fr. III). Solicita a estas acreditar, para su inscripción en el Registro Mercantil, haberse constituido conforme al país de origen y tener la autorización para ejercer el comercio por la Secretaría de Economía (artículo 24). Ordena a los *extranjeros comerciantes* someterse a este Código y demás ordenamientos del país, en todos los actos de comercio en que intervengan (artículo 14). Otorga reconocimiento de certificados y firmas



electrónicas *extranjeros* (artículo 114). Regula, también, el arbitraje comercial nacional e internacional (artículos 1415-1463).

11. Ley General de Sociedades Mercantiles (04-08-1934 *DOF*, última reforma publicada 02-06-2009 *DOF*): otorga a las *sociedades extranjeras personalidad jurídica* (artículo 250; sin embargo, el artículo 2o. pfo. 2o. concede personalidad jurídica a las sociedades irregulares) y señala que para ejercer el comercio en el territorio nacional han de estar inscritas en el Registro Público de Comercio (artículo 251).<sup>115</sup>

12. Ley de Títulos y Operaciones de Crédito: establece las condiciones para la validez de los títulos de crédito *emitidos en el extranjero*.

13. Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional (23-10-1996 *DOF*) prohíbe que personas físicas o morales, públicas o privadas, que se encuentren en el territorio nacional, a aquellas cuyos actos ocurran o surtan efectos total o parcialmente en dicho territorio, así como a aquellas que se sometan a las leyes mexicanas, realizar actos que afecten el comercio o la inversión, cuando los actos sean consecuencia de los efectos extraterritoriales de leyes extranjeras (artículo 1o.).

14. Ley de Concursos Mercantiles (LCM) (12-05-2000 *DOF*; última reforma publicada 27-12-2007 *DOF*): señala quién es sujeto del concurso mercantil; esto es, el comerciante que incumpla generalizadamente en el pago de sus obligaciones (artículo 9o.). Ciertamente, en este supuesto pueden posicionarse las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de estas, que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio (artículo 3o. del Código de Comercio, relacionado con el artículo 16 de la LCM).

15. Código Fiscal de la Federación (31-12-1981 *DOF*; última reforma publicada 12-12-2011 *DOF*): equipara a nacionales y extranjeros como sujetos pasivos de créditos fiscales y exime el pago de impuestos a las naciones y diplomáticos extranjeros en caso de reciprocidad. En ese sentido, los *extranjeros* con actividades comerciales de inversión deberán cumplir con sus obligaciones fiscales para con el gobierno mexicano, las cuales comprenderán desde sus declaraciones y pago de impuestos, como: a) impuesto sobre la renta (ISR); b) impuesto al activo (IA); c) impuesto al valor agregado (IVA); d) impuesto especial sobre producción y servicios (IEPS); e) impuesto empresarial a tasa única (IETU); f) impuesto a los depósitos en efectivo (IDE); g) impuestos por comercio exterior; y h) otros impuestos estatales, como

<sup>115</sup> Sobre el tema existen varios pronunciamientos de la Corte Suprema, por ejemplo, SOCIEDADES EXTRANJERAS. PRUEBA DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA. V. *Semanario Judicial de la Federación*, 7a. época, vol. 217-228, cuarta parte, p. 315.

pago de tenencia, propiedad urbana, rural y adquisición de inmuebles, derechos aduaneros, etcétera.

16. Ley Federal de Derechos (31-12-1981- *DOF*; última reforma 15-12-2011- *DOF*). Distintos preceptos de este ordenamiento ordenan a los extranjeros el pago de derechos por distintos conceptos; por ejemplo, el artículo 25 señala las cuotas que los extranjeros han de pagar por la realización de los trámites relacionados con las fracciones I y IV del artículo 27 constitucional, etcétera.

#### 4. *Marco legislativo de la IE en Chile. Un parámetro comparativo frente a México*

Las políticas para atraer IED se han convertido en uno de los principales mecanismos que los países han adoptado para fomentar el desarrollo económico en el ámbito de la mundialización. Las naciones latinoamericanas no han sido ajenas a esta tendencia, y han implementado con mayor o menor fuerza, de acuerdo con el caso, procesos de apertura económica que a varias les ha ayudado a devenir en importantes receptores de capital extranjero. En este contexto, México y Chile representan dos de los casos más exitosos de la región en cuanto a atracción de flujos de IED, precisamente, a partir de la década de los noventa. Estos países emprendieron importantes reformas legales e institucionales para liberalizar sus regímenes de IED y crear las condiciones propicias para crear un clima de confianza y certidumbre a los inversionistas extranjeros, por lo cual resulta de particular interés examinar las características de sus estructuras legales en la materia.<sup>116</sup>

Además, elegimos a la nación chilena como punto de comparación frente a nuestro país porque “México y Chile emprendieron profundos procesos de liberalización económica que se tradujeron, entre otras cosas, en la eliminación de restricciones a la IED y la desregulación de los procedimientos para su internación, rubro en el que alcanzaron niveles de apertura notables que los convirtieron en dos de los casos más exitosos de atracción de IED en América Latina. En este contexto, la suscripción de tratados de libre comercio fue un factor clave que facilitó el ingreso de cuantiosos flujos de capital”.<sup>117</sup> Amén de que no hay que olvidar que México y Chile construyeron la relación económica bilateral más exitosa de entre los países la-

<sup>116</sup> *Idem*, introducción.

<sup>117</sup> Rodas Espinel, M., “Los regímenes de la inversión extranjera directa y sus regulaciones ambientales en México y Chile”, *Estudios y Perspectivas*, México, sede subregional de CEPAL en México, núm. 27, febrero de 2005, p. 5.

tinoamericanos, precisamente, en la década de los noventa. Basta recordar que el 22 de septiembre de 1991, en el marco de la ALADI, ambos gobiernos firmaron en Santiago de Chile el famoso Acuerdo de Complementación Económica (23-12-1991 *DOF*; en vigor a partir del 01-01-1982), que se convirtió en el primer entendimiento de libre comercio entre dos países latinoamericanos, y aún más, entre dos naciones del hemisferio. El capítulo IX del instrumento internacional regía las inversiones.<sup>118</sup> Dos años antes de la suscripción del TLCAN. De ahí que la iniciativa se haya considerado pionera. Hay que tomar en cuenta, además, que el comercio de productos entre ambos países no solo ha ido en aumento, sino que se ha diversificado y ha incluido a pequeñas y medianas empresas. El intercambio comercial ha ido más allá, al involucrar a empresarios mexicanos y chilenos en negocios comunes.<sup>119</sup> Luego vendría el Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y al Patrimonio, suscrito en Santiago el 17 de abril de 1998.

Por lo que se refiere al *clima* para la inversión, en el caso de México podemos señalar que nuestro país ocupó hasta 2007 un lugar descollante en diversos sectores:<sup>120</sup>

- La decimosegunda economía más grande del mundo, medida a través del valor de su PIB;
- El decimoquinto país más importante del mundo en términos del valor de su comercio internacional de bienes;<sup>121</sup>
- La decimoséptima economía más importante en términos de sus reservas probadas de petróleo crudo, y la trigésima quinta más grande en cuanto a sus reservas probadas de gas natural.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> En efecto, dos artículos de dicho Acuerdo se referían a las inversiones: “Los países signatarios promoverán las *inversiones* y el establecimiento de empresas, tanto con capital de ambos países como con la participación de terceros (artículo 21). Para tal fin, los países signatarios dentro de sus respectivas legislaciones sobre *inversión extranjera*, otorgarán los mejores tratamientos a los capitales del otro país signatario”... (artículo 22). *Cursivas añadidas.* Sobre el tema véase Dreckmann Lafon, K., *Acuerdo de Complementación Económica entre México y Chile*, México, Jurídicas-UNAM, 1994.

<sup>119</sup> También existe el Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y al Patrimonio, suscrito en Santiago el 17 de abril de 1998.

<sup>120</sup> Secretaría de Economía, *Guía para invertir en México 2008*, México, ProMéxico, p. 18.

<sup>121</sup> Fuente: *Estadísticas de Comercio Internacional 2007*, Ginebra, Organización Mundial de Comercio (OMC), Publicaciones de la OMC, 2008.

<sup>122</sup> Pemex, *Anuario Estadístico 2007*.

- El octavo destino turístico más importante en el mundo, con una captación de 21.3 millones de turistas (2006).<sup>123</sup>
- El tercer receptor de flujos de inversión extranjera directa (IED) más importante de las economías en desarrollo.<sup>124</sup>

En abril de 1998, los presidentes Ernesto Zedillo y Eduardo Frei suscribían el Tratado de Libre Comercio (TLC), publicado el 28-07-1999 (*DOF*) —cuya vigencia iniciara al año siguiente— el 01-08-1999, como una profundización del Acuerdo de Complementación Económica. Hoy, el tratado se incorpora al Acuerdo de Asociación Estratégica suscrito en Viña del Mar el 26 de enero de 2006, y publicado en el *DOF* el 19-12-2006, el cual incluye el ámbito político, de cooperación y comercial. Este TLC incorpora, entre otras disciplinas, la materia de inversiones (cap. 9o.). En tal sector, se liberalizan los flujos de inversión, estableciéndose normas claras, transparentes y no discriminatorias, otorgando protección y seguridades plenas, de acuerdo con el derecho internacional, para las inversiones e inversionistas de los respectivos países.<sup>125</sup> Dicho instrumento jurídico internacional es considerado en el mundo como un tratado de última generación.

En tal virtud, sendas naciones han abierto sus mercados a los prestadores de servicios en varios sectores relevantes, como el turismo, los servicios profesionales, las telecomunicaciones, el transporte aéreo y marítimo, los cuales quedaron regulados por el principio de no gravación. También se instauró un mecanismo muy expedito y eficaz para dirimir las controversias que puedan surgir entre las partes (capítulo 18).

Por otra parte, la economía chilena es conocida internacionalmente como una de las más sólidas del continente americano, por lo que la inversión extranjera directa ha jugado un rol decisivo en el crecimiento y desarrollo económico de ese país. Los flujos de inversión extranjera directa captados han mantenido una tendencia creciente, contribuyendo a la competitividad de la economía y aportando no solo recursos y nuevos merca-

<sup>123</sup> Fuente: Organización Mundial de Turismo, cifras preliminares de 2006. Véase también *Guía básica para invertir en México*, p. 24.

<sup>124</sup> UNCTAD. Estadísticas de Inversión Extranjera Directa en línea.

<sup>125</sup> Acuerdos entre México y Chile: Tratado de Libre Comercio TLC: agosto de 1999. Convenio para evitar la doble tributación: febrero de 2000. Y el Acuerdo de Asociación Estratégica (AAE): suscrito en enero de 2006. Este último busca fijar una asociación integral e institucionalizada, que permita enfrentar en forma conjunta materias de mutuo interés. El AAE está conformado por el Consejo de Asociación, el cual está constituido por tres comisiones: política, de libre comercio y de cooperación.

dos, sino también mayor desarrollo tecnológico y conocimientos especializados.<sup>126</sup>

“En 2009, la inversión extranjera directa (IED) fue duramente golpeada por la crisis económica internacional en todas las regiones del mundo. Según estimaciones preliminares, la IED global cayó por segundo año consecutivo y llegó a 1,04 billones de dólares, lo que representa un retroceso del 39% respecto del año anterior”.<sup>127</sup> Sin embargo, los flujos de inversión en Chile en 2009 alcanzaron un total de 12,702 millones de dólares, ocupando el primer lugar como receptor de la inversión extranjera directa con relación al PIB, según informes de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).<sup>128</sup>

Un año después, “la IED en Chile mostró un repunte del 17% en 2010 y alcanzó los 15.095 millones de dólares, liderado por nuevos aportes de capital de las empresas transnacionales”. Mientras que los ingresos de IED en México fueron de 17.726 millones de dólares en 2010, un 17% más que en 2009. Sin duda, “México continúa siendo el segundo mayor receptor en la región. Sin embargo, pese a la significativa recuperación de la IED en 2010, los montos aún no alcanzan el promedio de la última década, 21.000 millones de dólares anuales”.<sup>129</sup>

El intercambio comercial entre México y Chile logró un máximo histórico en 2011, al sumar mil 756.5 millones de dólares entre enero y mayo de ese año, indicaron cifras del Servicio Nacional de Aduanas (SNA) chileno. De acuerdo con los datos, el comercio bilateral registrado en los primeros cinco meses de 2011 rebasó en 68.1 millones de dólares el monto registrado en el mismo lapso de 2008, año en que el intercambio México-Chile había obtenido su mayor nivel.<sup>130</sup>

Las disposiciones normativas que reglamentan la inversión extranjera en Chile establecen de manera armónica y sistemática los compromisos y disposiciones a las que se encuentran sometidos los capitales provenientes del exterior.

<sup>126</sup> Véase [www.gobiernodechile.cl](http://www.gobiernodechile.cl)

<sup>127</sup> CEPAL, “La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, *Documento informativo 2009*, mayo de 2010, capítulo I, p. 27.

<sup>128</sup> Véase <http://www.inversionextranjera.cl/>

<sup>129</sup> CEPAL, “La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, *Documento informativo 2010*, capítulo I, inciso C: INGRESOS DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA Y EMPRESAS TRANSNACIONALES EN AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, pp. 50 y 54.

<sup>130</sup> “Intercambio comercial entre México y Chile, alcanza máximo histórico este año”, junio de 2011, en <http://www.agenciaronero.cl/noticias/2011/06/30/intercambio-comercial-entre-mexico-y-chile-alcanza-maximo-historico-este-ano/>

Dentro del marco legal de la inversión extranjera chilena, la normativa interna está constituida por disposiciones constitucionales y legales cimentadas en principios que rigen a la inversión.<sup>131</sup>

La Constitución chilena, por su parte, contiene regulación expresa sobre los extranjeros en varios de sus preceptos. Es el caso del artículo 6, apartado dos, al establecer que “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, se entiende que están implícitos los extranjeros. Además, el artículo 14 otorga el derecho de sufragio a los extranjeros avecindados por cinco años en Chile. La nacionalidad chilena se puede obtener mediante carta de nacionalización (artículo 10, núm. 3).

Los principios se refieren a la igualdad ante la ley, la libertad económica y la no discriminación:<sup>132</sup>

1. *No discriminación*: se deriva de la garantía constitucional de igualdad ante la ley y garantiza al inversionista extranjero que recibirá de parte del Estado y sus organismos un trato igual o no menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales en materia económica.
2. *No discrecionalidad de los procedimientos*: los procedimientos relativos a la inversión extranjera deben ser claros y transparentes, eliminando de cualquier forma de subjetividad en los actos de la administración, lo que constituye una garantía de trato equitativo para los inversionistas extranjeros.
3. *Libertad económica*: se garantiza el libre acceso a todos los sectores de la economía; solo la ley en forma excepcional puede establecer sectores reservados para la inversión nacional. La Constitución Política del Estado, en su artículo 19, núm. 21, consagra el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, debiendo respetarse la normativa sectorial interna respectiva.

En Chile han existido varios y distintos ordenamientos fundamentales que regulan la inversión extranjera. Hay que recordar, por ejemplo, que Chile suscribió un Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos (TLCCE); con respecto al capítulo 11, que regula las inversiones, se ha expresado que

El Tratado tiene un enfoque aperturista de forma similar a los tratados firmados con México y Canadá; sin embargo, presenta a su vez mecanismos

<sup>131</sup> Concepto en <http://www.inversionextranjera.cl/images/stories/pdfs/publicaciones/74068850%2C2788544103338Chile%20Opportunities%20in%20Global%20Services.pdf>

<sup>132</sup> *Ibidem*, nota 109.

de selección de las inversiones a través de un sistema de ‘Screening’ (Decreto Ley 600),<sup>133</sup> y ajustes a algunos artículos del capítulo de inversiones, para brindar un mayor nivel de soberanía en las decisiones del estado [sic]. Entre los ajustes más importantes se pueden destacar los siguientes: Se contemplan condiciones para la expropiación de los inversionistas similares a las que se acordaron con Canadá y México, aunque se incluyó un anexo aclarando el concepto de expropiación indirecta.

Para solución de controversias Inversionista-Estado se determinó limitar el ámbito de aplicación de los acuerdos de inversión. Solamente los acuerdos firmados a partir de los dos años desde la vigencia del Tratado serán reclamables a través de mecanismos de solución de disputas. Para regular las inversiones no productivas y principalmente la inversión en cartera se mantiene la normativa que prohíbe la reexportación de capital antes de haber cumplido un año en el país. La prohibición de requisitos de desempeño se presenta como lista negativa, misma que se enmarca en el listado de medidas prohibidas por la OMC (Acuerdos sobre MICs).<sup>134</sup>

El Tratado de Libre Comercio entre México y Chile (28-07-1999 *DOF*; en vigor 01-08-1999) regula, también, en el capítulo noveno las inversiones; allí incluye el contenido de los conceptos que estará manejando en esa parte del documento. Por ejemplo, conceptúa en forma descriptiva lo que se entiende por inversión, al enlistar a: a) una empresa; b) acciones de capital de una empresa; c) instrumentos de deuda de una empresa;<sup>135</sup> d) un préstamo a una empresa; e) una participación en una empresa, que le permita al propietario participar en los ingresos o en las utilidades de la empresa; f) una participación en una empresa que otorgue derecho al propietario para participar del haber social de esa empresa en una liquidación, siempre que este no derive de un instrumento de deuda o un préstamo excluidos conforme los literales c) o d); g) bienes raíces u otra propiedad, tangibles o intangibles, adquiridos con la expectativa de, o utilizados con el propósito de obtener un beneficio económico o para otros fines empresariales, y h) la participación que resulte del capital u otros recursos comprometidos para el desarrollo de una actividad económica en territorio de la otra parte, entre otros (artículo 9-01).

<sup>133</sup> El “screening” (Decreto Ley 600) es voluntario, y se encuentra vinculado a los contratos-lei de estabilidad jurídica.

<sup>134</sup> Ribero, J., “Inversiones”, *Análisis del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos*, Lima, Secretaría General de la Comunidad Andina, Artegrafía Impresiones, 2003, p. 53.

<sup>135</sup> Y en otro párrafo, el documento menciona que en las acciones de capital o instrumentos de deuda se comprenden las acciones con o sin derecho a voto, bonos o instrumentos de deuda convertibles, opciones sobre acciones y certificados de opción de acciones (*warrants*) (artículo 9-01).

Al interior de la República chilena han existido dos ordenamientos fundamentales que regulan la inversión extranjera: el Decreto-Ley 600 (DL600) dictado el 13 de julio de 1974, y el capítulo XIX del Compendio de Normas de Cambios Internacionales del Banco Central de Chile.

El DL600 está en vigencia desde 1974; se relaciona con la inversión extranjera directa realizada por inversionistas que buscan seguridad en cuanto a trato nacional y garantías de poder repatriar sus capitales y efectuar remesas de utilidades. En cambio, el capítulo XIX, que rige desde 1985 y operó hasta 1990, se relacionaba con la inversión extranjera directa realizada con títulos de deuda externa chilena, cuyo objetivo primordial era disminuir la carga de esta.<sup>136</sup>

El DL600 promulgado en 1974 ha sido modificado en seis ocasiones: 1981, 1985, 1987, 1989, 1990 y 1993. En la actualidad, el DL600 es el único instrumento legal utilizado en la práctica para realizar inversión extranjera directa en Chile.

Este decreto es una reglamentación simple que otorga ciertas franquicias a los inversionistas extranjeros que operan por su intermedio y les impone ciertas exigencias mínimas, que consisten en plazos de internación de capital (que pueden ser extendidos), plazos de permanencia obligatoria en el país (recientemente reducidas a un año) y la presentación de ciertos antecedentes con respecto a la empresa inversora. A cambio, el inversionista recibe acceso casi irrestricto al mercado nacional, trato nacional, invariabilidad arancelaria y de IVA mientras se realiza la inversión, acceso irrestricto al mercado cambiario formal para enviar remesas de utilidades o eventualmente repatriar el capital y las posibilidades de escoger entre un régimen de invariabilidad tributaria de diez años.<sup>137</sup>

Para realizar inversión extranjera en Chile al amparo del DL600 es necesario suscribir un contrato de inversión extranjera entre el inversionista extranjero y el Estado chileno, dando cuenta de los derechos y obligaciones de los inversionistas y de la voluntad del Estado para autorizar la transferencia de capitales extranjeros al amparo de ese cuerpo legal.<sup>138</sup>

En este sentido, el DL600 comprende los siguientes apartados para los inversionistas:

<sup>136</sup> Agosin R., M. (comp.), *Inversión extranjera en América Latina: su contribución al desarrollo*, Santiago, FCE, 1996, p. 123.

<sup>137</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>138</sup> Concepto en <http://www.inversionextranjera.cl/images/stories/pdfs/publicaciones/74068850%2C2788544103338Chile%20Opportunities%20in%20Global%20Services.pdf>.



- a) *Régimen tributario*. Tiene la opción de escoger entre el régimen común y el régimen especial, cuya diferencia radica en la tasa porcentual gravada.
- b) *Acceso al mercado cambiario formal*. El inversionista podrá adquirir o liquidar divisas a remesar por concepto de capital o utilidades.
- c) *Remesar capital y utilidades*. Transcurrido un año desde su ingreso, tiene derecho a remesar.
- d) *Libre acceso a todos los sectores de la economía*. Se podrá realizar todo tipo de actividades económicas siempre y cuando se respeten las normas legales vigentes.
- e) *Recurso de reclamación por discriminación*.

Las formas permitidas dentro del DL600 para la internación de los aportes de capital extranjero comprenden en moneda extranjera de libre convertibilidad, bienes físicos, tecnología en sus diversas formas cuando sea susceptible de ser capitalizada, créditos que vengan asociados a una inversión extranjera, capitalización de créditos y deuda externa y capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior.

Chile cuenta con la siguiente legislación migratoria, que es conveniente tomar en cuenta para devenir inversionista en ese país:

- Decreto Ley 1094 de 1975; Ley de Extranjería.<sup>139</sup>
- Decreto Supremo 597 de 1984; Reglamento de Extranjería.
- Decreto Supremo 5.142 de 1960; disposiciones sobre Nacionalización de Extranjeros.
- Decreto Ley 1094 de 1975 y Decreto Supremo 597 de 1984, en inglés.
- Ley 20.050, del 26-08-2005, que Reforma la Constitución Política de 1980, entre otras materias regula materias de nacionalidad, artículos 10 y 11.
- Decreto Ley 1094 de 1975; Ley de Extranjería.
- Ley 20.507. “Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal”.
- Ley 20.430. “Establece disposiciones sobre protección de refugiados”.
- Decreto 837. “Aprueba reglamento de la ley 20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados”.

<sup>139</sup> Por ejemplo, la Ley de Extranjería señala: “Los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes, de acuerdo con las normas que se indican en los párrafos respectivos de este decreto ley” (artículo 4o.).

Conviene agregar que Chile tiene un Departamento de Extranjería y Migración, cuyas funciones están regidas por varios ordenamientos: a) Decreto-Ley 1.094 de 1975, el cual establece normas sobre extranjeros en Chile; b) Decreto Supremo 597, de 1984, que es Reglamentario del D.L. 1.094; c) Decreto Supremo 5.142 de 1960, relativo a Nacionalización de Extranjeros; d) Instructivo Presidencial 009, de 2008, que “Imparte Instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria”; e) Decreto-Ley 19.880 de 2003 o Ley de Bases de Procedimiento Administrativo, y f) el Decreto Supremo 680 de 1990, mediante el que se creó la Oficina de Información, Reclamos y Sugerecias.

En Chile existe el Comité de Inversiones Extranjeras (CIE), institución oficial encargada de la promoción de inversiones, cuya función principal es administrar el mecanismo legal que, de ser suscrito por una empresa extranjera, le brinda estabilidad en varias materias relacionadas con la inversión. Además, y en coordinación con CIE, la Corporación de la Producción y el Comercio (CORFO) ejecuta dos programas de atracción y promoción de inversiones. Uno de ellos (Todo Chile) está focalizado geográficamente para atraer inversiones hacia las regiones del país, y el otro sectorialmente para atraer inversiones con alto contenido tecnológico. Por consideraciones metodológicas se consideró como informador principal a CIE, pero en los casos en que sea relevante se hará mención a los programas de CORFO.<sup>140</sup>

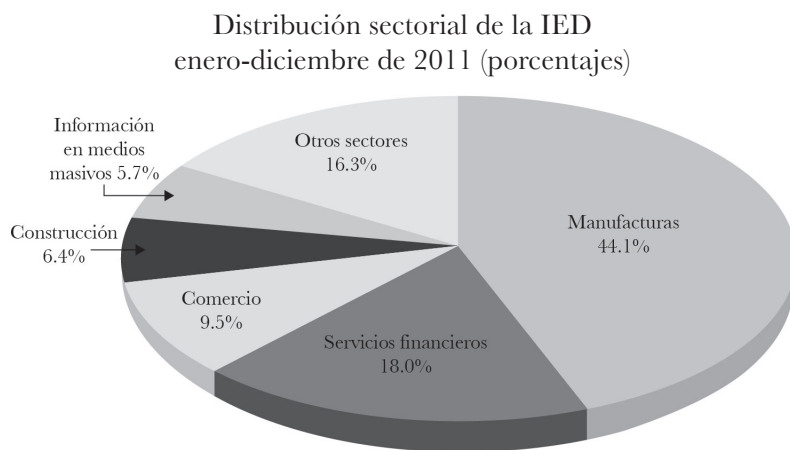
Mientras que en México se cuenta con la Comisión de Inversiones Extranjeras (CNIE), cuyas atribuciones están establecidas en el artículo 26 de la LIE. Además, la CNIE se rige por varios criterios, claramente establecidos en artículo 29 de la LIE, para resolver las solicitudes de inversión que se sometan a su consideración.

Nos parece oportuno mencionar algunos datos que en nuestra opinión resultan muy elocuentes, los cuales nos proporciona dicha dependencia en el último informe estadístico sobre el comportamiento de la IED en México: enero-diciembre de 2011.

<sup>140</sup> Giglo S., N., “Políticas activas para atraer inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe”, *Revista de la CEPAL*, Santiago, núm. 175, febrero de 2007, p. 39.

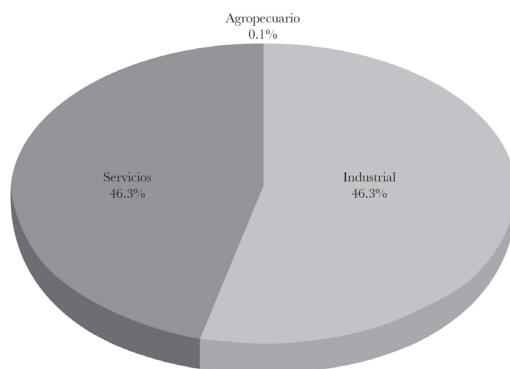
*Distribución sectorial y por país de origen de la IED realizada y notificada al Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (RNIE)*

Los 19,439.8 mdd. de IED realizada y notificada se canalizaron a la industria manufacturera (44.1%), servicios financieros y de seguros (18.0%), comercio (9.5%), construcción (6.4%), información en medios de información masivos (5.7%) y otros sectores (16.3%).<sup>141</sup>



Fuente: Secretaría de Economía. Dirección General de Inversión Extranjera.

**Distribución de la IED por gran sector económico  
enero-diciembre de 2011 (porcentajes)**



Fuente: Secretaría de Economía. Dirección General de Inversión Extranjera.

<sup>141</sup> Fuente: Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, *Informe Estadístico sobre el comportamiento de la Inversión Extranjera Directa en México (enero-diciembre 2011)*, México, 2012, p. 3.

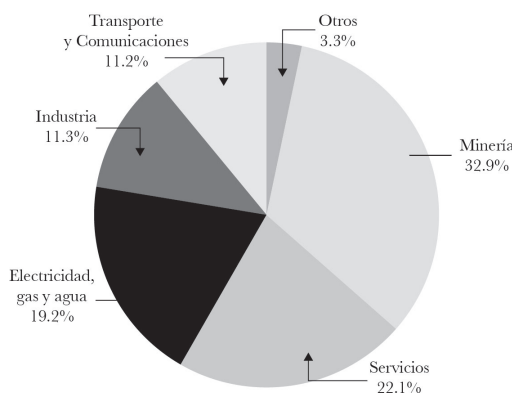
*Comportamiento de la IED en México, de enero-diciembre de 2011*

El monto de la IED asciende a 19,439.8 millones de dólares (mdd), cantidad 9.7% mayor a la originalmente reportada en el mismo periodo de 2010 (17,725.9 mdd).

Los 19,439.8 mdd fueron reportados por 4,426 sociedades mexicanas con IED en su capital social.

La cifra de IED se integra por 8,043.1 mdd (41.4%) de nuevas inversiones, 7,636.7 mdd (39.3%) de reinversión de utilidades y 3,760.0 mdd (19.3%) de cuentas entre compañías.<sup>142</sup>

Chile: Inversión Extranjera Directa materializada D.L: 600 por sector 1974-2010 (U.S. 76,261 millones).<sup>143</sup>



*Proyectos autorizados por la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras*

Durante 2011, la CNIE autorizó dieciséis proyectos por un monto total de 1,335.5 mdd. Los proyectos se realizarán en actividades extractivas, de construcción, transporte marítimo de altura, así como en diversos servicios.<sup>144</sup>

También es oportuno señalar que México cuenta con muchos parques industriales distribuidos en todo el territorio nacional. En efecto, “el parque industrial ofrece un servicio integral bajo el concepto de *plug & play* (enchufe y listo), ya que la oferta inmobiliaria de terrenos y edificios industriales, además de ser de muy alta calidad, cuenta con todos los servicios básicos para que el usuario no tenga que preocuparse de cualquier trámite de manera in-

<sup>142</sup> *Idem.*

<sup>143</sup> Fuente: Comité de Inversiones Extranjeras de Chile.

<sup>144</sup> *Idem.*

dividual. Todo está listo para usarse”. Además, la norma mexicana NMX-046-SCFI-2005 certifica que los parques industriales tengan las instalaciones necesarias para *garantizar al inversionista una óptima operación*. Por otra parte

las ventajas de los parques industriales en México son: a) la certeza en la propiedad de la tierra, en la factibilidad de los servicios básicos; en los permisos de operación y en la calidad de los edificios y la infraestructura interna; b) su ubicación cerca de las principales rutas del comercio; de los asentamientos humanos y centros de educación; de los proveedores en la cadena productiva; y c) la disponibilidad de servicios de valor agregado como seguridad, mantenimiento y atención a los inquilinos, con edificios industriales disponibles para venta o renta, así como bajo esquemas de *Shelter, built-to-suit* o *lease-back*.<sup>145</sup>

Como conclusión podemos decir que el régimen o tratamiento chileno a la inversión extranjera puede describirse como muy liberal, ya que la legislación no establece limitaciones al capital extranjero respecto a los sectores, forma de aporte, no obliga a la participación mixta del capital, no establece limitaciones al retiro de utilidades ni de intereses y el retiro de capital o retorno a sus países de origen y se estipula en contratos especiales.<sup>146</sup>

En el caso de México, es conveniente enfatizar que la IED no se ha visto inhibida ni por la incertidumbre económica mundial ni por el ambiente de criminalidad que envuelve al territorio nacional. Sin duda, nuestro país continúa siendo una de las economías más abiertas a la IED, lo cual sigue demostrando al continuar negociando más TLC. Basta mencionar que según la Dirección General de Inversión Extranjera, durante 2011 la IED provino el 55% de Estados Unidos, 15% de España, 6.7% de los Países Bajos, 6.3% de Suiza, 3.4% de Canadá, 3.4% de Japón, y 10.02 de otros países.

<sup>145</sup> Véase Proméxico en [www.promexico.gob.mx](http://www.promexico.gob.mx)

<sup>146</sup> Nicolau, S., *La inversión extranjera directa en los países de la ALCA. Estudio descriptivo del tratamiento al capital foráneo*, México, Offset Publicitario, 1968.

## DEL SOMETIMIENTO A LAS SUBLEVACIONES EN YUCATÁN DE 1550 A 1600

José Isidro SAUCEDO GONZÁLEZ\*

*A José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes,  
In Memoriam*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La “conquista” y la sentencia contra Francisco de Montejo*. III. *La primera década: 1550-1560*. IV. *Proceso de un pueblo: Maní, 1562*. V. *El obispado de Diego de Landa*. VI. *Prebendas franciscanas, rebeliones indígenas y piraterías inglesas*. VII. *Conclusión*. VIII. *Fuentes*.

### I. INTRODUCCIÓN

El presente ensayo constituye el cierre provisional de un proyecto de investigación iniciado en 2009, cuyo primer producto fue un documento de trabajo titulado *Poder político y jurídico en Yucatán en la primera mitad del siglo XVI. Aproximación preliminar*. En esta oportunidad expondremos los resultados sobre el mismo tema pero ahora abarcando el periodo siguiente, o sea, la segunda mitad de dicho siglo; solo que esta vez la denominamos “Del sometimiento a las sublevaciones”, en virtud de representar el inicio de la colonización en la península yucateca y que, como era de esperarse, no sería fácil cumplir el encargo de la corona española en esta parte de América, pues aun cuando los pueblos asentados en dicho territorio poseían tanto el terreno —de difícil manejo para ser cultivado— como la cultura milenaria celosa e inteligentemente conservada por sus habitantes.

En tal sentido, ante los abusos cometidos por los encomenderos y los frailes, se hicieron presentes los brotes de rebeldía que serían calificados de sublevaciones indígenas por las autoridades españolas instaladas en los ca-

\* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

bildos, las alcaldías o las mismas iglesias o catedrales que se construyeron con el fin de evangelizar o cristianizar a los pobladores de la entonces provincia mexicana.

Sobresalen en ese medio siglo las acciones llevadas a cabo por el alcalde Diego Quijada y por el franciscano Diego de Landa, quienes protagonizarían un episodio jurídico y político que reseñamos con el fin de mostrar el ejercicio de poder compartido por la iglesia y el gobierno civil al inicio de la colonización. También exponemos de manera breve, además de los representantes del gobierno civil, a quienes estuvieron al frente del obispado en dicho periodo y algunos de los conflictos que se produjeron igualmente en esos 50 años.

Finalizamos el trabajo expresando la conclusión que consideramos resume críticamente el tipo de poder aplicado durante los primeros 50 años de colonización en la península de Yucatán, mucho antes de ser dividida en Campeche, Quintana Roo y lo que hoy se conoce como Yucatán, lo cual, dicho sea de paso, quedó expuesto en el trabajo aludido.<sup>1</sup> La bibliografía incorpora tanto los textos consultados para la primera mitad del siglo XVI como los empleados en este ensayo.

Por último, agradezco de nueva cuenta a Héctor Fix-Fierro, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por las facilidades concedidas para la realización del proyecto; a Jorge Carpizo, quien me respaldó en las gestiones para una estancia de investigación en Campeche; a Diego Valadés, por el apoyo moral en esta empresa, así como a Rosa María Álvarez, por sus continuos estímulos desde que ingresé al Instituto, en especial ahora que emprendemos la tarea investigadora.

Asimismo, extendemos nuevamente nuestro agradecimiento a las instituciones académicas y oficiales de los tres estados visitados, Campeche, Quintana Roo y Yucatán, por la gentileza demostrada y la apertura de archivos para su consulta, como el Centro Peninsular en Humanidades y Ciencias Sociales (Mérida), la Sala de Consulta Reservada de la Biblioteca Campeche, el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche (Campeche), la Sala de Consulta Bibliográfica del Museo de la Cultura Maya (Chetumal); las bibliotecas de la Universidad de Quintana Roo; la de ECOSUR en Chetumal; la Central y de la Facultad de Ciencias Antropológicas de la Universidad Autónoma de Yucatán; del Instituto Nacional de Antropología en Campeche y Mérida; así como a todos los empleados que nos facilitaron los materiales para su consulta.

<sup>1</sup> Saucedo González, José Isidro, *Poder político y jurídico en Yucatán en la primera mitad del siglo XVI. Aproximación preliminar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo núm. 154, 2011.

## II. LA “CONQUISTA” Y LA SENTENCIA CONTRA FRANCISCO DE MONTEJO

A partir de la primera década de la segunda mitad del siglo XVI (1550-1560), inicia propiamente el periodo colonial en Yucatán; mismo que se cierra formalmente con la Declaración de Independencia de México en 1821. Sin embargo, la península yucateca seguiría bajo procesos diferentes al del centro del país.<sup>2</sup> Toca, en esta segunda aproximación al periodo investigado, 1550-1600, mostrar cómo fue el ejercicio del poder político y jurídico en Yucatán por sus actores, tanto gobernantes como gobernados.

Los antecedentes inmediatos los tenemos en la fase final de la conquista dada por historiadores, como Robert Chamberlain, quien anota que en 1550 se podía concluir que se había llegado a “feliz término”,<sup>3</sup> o “conclusión feliz”.<sup>4</sup>

No obstante el corte cronológico para datar el término de la fase de lucha, hay autores como Gabriela Solís Robleda y Pedro Bracamonte y Sosa que emplean el concepto de “conquista inconclusa” para denominar el periodo de invasión española y el establecimiento colonizador de parte de los españoles a través de un “pacto colonial” a partir de 1542, con el establecimiento de la capital provincial.<sup>5</sup> La relativa estabilidad de este inicial

<sup>2</sup> “Yucatán —dice Robert Redfield— tiene costumbres e instituciones que lo caracterizan y lo distinguen de cualquier otra comunidad”, Redfield, Robert, *Yucatán, una cultura de transición*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 362, citado por Peniche Vallado, Leopoldo, *Visión de Yucatán* (repasso monográfico), Mérida, Maldonado Editores, 1983, p. 7; Antonio Caso también se ha expresado en forma singular de Yucatán, al decir de Leopoldo Peniche, pues cita: “Yucatán es, según se ha dicho, el país que no se parece a otro. Ello significa la singularidad de la tierra, pero también la del espíritu”, *ibidem*, p. 13.

<sup>3</sup> Chamberlain, Robert Stoner, *Conquista y colonización de Yucatán, 1517-1550*, “Prólogo” de J. Ignacio Rubio Mañé, México, Porrúa, 1974, p. 353.

<sup>4</sup> “Después de más de veinte años de atormentado esfuerzo. Los mayas de Yucatán quedaron entonces bajo el yugo español y no pudieron ya más desafiar abiertamente a sus amos europeos”, Chamberlain, Robert Stoner, *op. cit.*, nota anterior, p. 275.

<sup>5</sup> Bracamonte y Sosa, Pedro y Solís Robleda, Gabriela, *Espacios mayas de autonomía. El pacto colonial en Yucatán*, Mérida, Yucatán, Universidad Autónoma de Yucatán-Conacyt, 1996, p. 52. Véase también, Bracamonte y Sosa, Pedro, *La conquista inconclusa de Yucatán. Los mayas de la montaña, 1560-1680*, México, CIESAS, Universidad de Quintana Roo, Miguel Ángel Porrúa, 2001, pp. 15 y ss. “Montejo el Mozo en el año de 1549 había logrado la cristianización de Nachi Cocom con el nombre de Juan. Haciendo gala de su habilidad, de su diplomacia y su estrategia, pudo pactar con los jefes cocomes que, impotentes para hacer frente al poderío español, optaron por la lucha de guerrillas refugiándose en las selvas... Consciente del dominio español [Nachi Cocom] accedió a participar en la pacificación de esa extensa zona conservando su personalidad de líder único de los cocomes. Conservó su poder... Aunque bajo la vigilante mirada de las autoridades hispanas... Con estas acciones, Montejó El Mozo



pacto se violentó en 1584 y 1588, cuando en el primer año citado los indígenas de Sotuta (centro norte de la península) se levantaron para “matar a los españoles”. «El gobernador Francisco de Solís tuvo que enviar gente armada “y prendió las cabezas y se hizo justicia de ellas”».<sup>6</sup> En el segundo año anotado, Campeche fue el escenario donde se tuvo que “emplear la fuerza de las armas” para contener la sublevación. Ya para esas fechas, habían quedado “establecidas las bases del circuito de la explotación por medio de la tributación, los servicios personales y el intercambio desigual”. Todo ello bajo la supervisión del oidor Diego García de Palacio, visitador de la Audiencia de México, pues Yucatán ya se encontraba bajo la jurisdicción de esa Audiencia.<sup>7</sup>

Sin embargo, los primeros años inmediatos a la “conquista”, soldados, frailes y autoridades civiles compartieron la responsabilidad de aplicar las medidas administrativas en Yucatán para dar cumplimiento a las políticas establecidas en España, tanto por los reyes como por el Consejo de Indias.<sup>8</sup> Así, en 1548, la Audiencia de los Confines designó a Francisco Ugalde, juez de comisión y de compulsión para investigar los actos gubernamentales de Francisco de Montejo. Como resultado de dicha investigación, en 1550 Tabasco fue separado definitivamente de la jurisdicción de Yucatán y el Adelantado no pudo influir más en la remoción de los alcaldes de Tabasco.

demonstró que todo el peso de la conquista de Yucatán había recaído sobre sus hombros. El resultado de su estrategia se transformó en historia”, Ramírez Aznar, Luis A., *Nachi Cocom*, Mérida, Yucatán, s. e., 1981, pp. 6 y 7.

<sup>6</sup> Bracamonte y Sosa, Pedro y Solís Robleda, Gabriela, *Espacios mayas de autonomía...*, cit., nota anterior, p. 52.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 50.

<sup>8</sup> Una de las medidas, se sabe, fue la encomienda, la cual fue instituida por Carlos V para distribuir bienes inmuebles, dada “la escasez de bienes muebles (metales preciosos, por ejemplo), y bajo el pretexto de proteger a los indios”. En la Península de Yucatán tuvo lugar la primera encomienda en 1530 en la provincia de Acalán, “cuando Alonso de Ávila fundó la efímera Salamanca de Acalán; en su calidad de teniente... conquistó y pacificó las provincias de Acalán y Mazatlán y encomendó las tierras a sus soldados” (probanza de Francisco de Montejo), véase Pincemin, Sophia, *Remontando el río...: reconocimiento arqueológico del río Candelaria*, Campeche, Universidad Autónoma de Campeche, 1993, p. 80. No obstante la consignación del hecho en la probanza de Francisco de Montejo citada, existe un texto ofrecido por Scholes, Frances y Roys, Ralph en su obra *The Maya chontal Indians of Acalan-Tixchel, a Contribution to the History and Ethnography of the Yucatan Peninsula* (Washington, Carnegie Institution of Washington, 1968, p. 143), donde se cita un repartimiento: “Por la presente se deposita en vos, Pedro Galiano y Alonso de Arévalo, el pueblo y señores de Tecacab para que os sirváis de él en tanto que el señor adelantado hace el repartimiento general conforme a las ordenanzas que S. M. le tiene dadas. Que es hecho en esta villa de Salamanca hoy lunes, el primero de agosto de 1530. Alonso de Ávila. Por mandato de su merced. Gonzálo Fernández de Herrera” (citado por Pincemin, Sophia, *op. cit.*, pp. 84 y 85).

Así, Yucatán y Tabasco retornaron a la jurisdicción de la Audiencia de los Confines en Guatemala, ello por la Cédula Real del 7 de julio de 1550; sería entonces la Audiencia de los Confines la que designaría alcaldes para Yucatán y Tabasco, a partir del 9 de diciembre de 1551; años después retornarían permanentemente a la Audiencia de México; con estas decisiones se conformaba el gobierno absolutista de España en América, según declara Chamberlain.<sup>9</sup>

A partir de 1551 y hasta 1565 los alcaldes mayores gobernaron Yucatán: uno por el virrey de Nueva España y la Audiencia de México; tres por la Audiencia de Guatemala y uno por el rey. Perdió así su categoría de Gobierno y Capitanía General, aunque recuperó en 1565 la de Gobierno, y hasta 1617 la de Capitanía General.<sup>10</sup>

### *De héroe a villano*

La sentencia judicial dictada contra Francisco de Montejo por el Consejo de Indias constituye un episodio paradójico en la historia de América y España, pues el nombre de Francisco de Montejo, el Adelantado, pasó de ser considerado “héroe de la conquista de Yucatán” a villano en la colonización debido a los abusos del poder personal aplicado en los primeros años de vida política en la península de Yucatán.

Francisco de Montejo, anciano ya a sus 75 años, apeló a instancias de la Nueva España y a la Corona española; el virrey de la Nueva España, Antonio de Mendoza, lo llamó en octubre de 1550 para designarlo capitán general de los navíos que transportaban oro, plata y rentas reales de Nueva España a Castilla en 1551.<sup>11</sup>

Cumplió el encargo, no sin dificultades por la pérdida de dos galeones, y ya en Madrid se presentó a la Corte para intentar recuperar el mando de Yucatán con apoyo de su yerno Alonso de Maldonado; sin embargo, “la Corona había decidido, tiempo hacía, sustituirlo por lo que entonces eran los organismos del gobierno absoluto”; el poder se había institucionalizado en las audiencias.<sup>12</sup>

El Adelantado murió en Salamanca, España, en septiembre de 1553;<sup>13</sup> su esposa e hija morirían en la ciudad de México, la primera en 1560 y la

<sup>9</sup> Chamberlain, Robert S., *op. cit.*, nota 3, p. 314.

<sup>10</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, “Prólogo”, *cit.*, nota 3, p. CLVI.

<sup>11</sup> Chamberlain, Robert S., *op. cit.*, nota 3, p. 314.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>13</sup> Pincemin coincide en la fecha, pues afirma que “Francisco de Montejo el viejo murió en 1553. En este año, el gobierno real estableció su jurisdicción sobre Yucatán y Tabasco a

segunda antes de que concluyera el siglo XVI (1591); su hijo y sobrino morirían en Yucatán, el primero el 8 de febrero de 1565 cuando tenía 57 años; el segundo no se tiene fecha, pero se tiene el año en que se casó, 1554, el año en que su esposa contrajo segundas nupcias, en 1572, al haber enviudado.<sup>14</sup>

En cuanto a población en Yucatán, hacia 1550 se componía, básicamente, por unos 160 españoles y entre 232,000 y 240,000 mayas;<sup>15</sup> “Mérida tenía setenta o más vecinos [jefes de familia], Valladolid quizás cuarenta y cinco. San Francisco de Campeche como cuarenta y Salamanca de Bacalar como veinte”.<sup>16</sup>

Ahora, en relación con la participación eclesiástica, es pertinente asumir que una vez dominados los mayas por los Montejo, los franciscanos continuaron su labor con el apoyo de estos.

Los frailes, sin embargo, criticaron la esclavitud entre los mayas y se ganaron enemistades, por lo que fueron agredidos la noche del 27 de septiembre de 1548 con un intento de incendiar la iglesia en Maní; lo que no sucedió porque llegaron los soldados de Montejo y desarmaron la insurrección.<sup>17</sup>

La iglesia en Yucatán, consideramos, ha tenido un papel de co-gobernanza desde sus inicios en esta provincia de la Nueva España. Los franciscanos gobernaron a la iglesia yucateca hasta la llegada del primer obispo Francisco de Toral, el 14 de agosto de 1562. La bula *Exponinobis* del papa Adriano VII fue confirmada por Paulo III en la *Ex Devito Pastoralis Officii*, misma que les confería el poder o facultades para administrar los bienes de

pesar de una ordenanza real de 20 años atrás (1533) que confirmaba a Montejo en sus derechos y privilegios como Adelantado y Gobernador de Yucatán a perpetuidad; no obstante y quizá por esta situación conflictiva, ambas provincias se transfirieron a la Audiencia de México”, Pincemin, Sophia, *op. cit.*, nota 8, p. 84.

<sup>14</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, “Prólogo”, *cit.*, nota 3, p. CLX.

<sup>15</sup> Farris, Nancy M., *La sociedad maya bajo el dominio colonial. La empresa colectiva de la supervivencia*, Madrid, Alianza Editorial, 1992, p. 105, cuadro.

<sup>16</sup> Chamberlain, Robert S., *op. cit.*, nota 3, p. 352. Debe anotarse también la existencia del mestizaje iniciado por Gonzalo Guerrero, soldado español que, de los 21 hombres que sobrevivieron al naufragio de nueve días en marzo de 1511, dos murieron en alta mar, uno llegó a morir a la playa; cinco fueron sacrificados por órdenes del cacique Tutulkü, ocho fueron encarcelados —entre ellos Gonzalo Guerrero y Gerónimo de Aguilar—. Otros seis huyeron; Guerrero se casó con Izpilotzama, hija del cacique Nachan Can. Ella tenía 20 y él 32. Cuando cumplió 40, tenían cuatro hijos: Gonzalo, Juan, María Rosario y Beatriz, tuvo el quinto hijo de nombre Diego. Guerrero murió el 13 de agosto de 1536. *Cfr.* Bautista Pérez, Francisco, *Chetumal*, Gobierno del Estado de Quintana Roo, Fondo de Fomento Editorial, 1982, pp. 52-56; también Molina Solís, Juan Francisco, *Historia del descubrimiento y conquista de Yucatán*, México, Ediciones Mensaje, 1943, t. I, pp. 44-47; Landa, Diego de, *Relación de las cosas de Yucatán*, 13a. ed., México, Porrúa, 1986, pp. 6-8.

<sup>17</sup> Chamberlain, Robert S., *op. cit.*, nota 3, p. 324.

la iglesia y atender a los cristianos en Yucatán. Sería Pío IV el papa que erigiría el obispado en esta provincia el 19 de noviembre de 1561.<sup>18</sup>

Los franciscanos dividieron a Yucatán en *distritos* y establecieron monasterios o costumbres en San Francisco de Campeche, Maní, Conkal e Izamal, además del convento mayor de Mérida, llamada Catedral desde 1548, es decir, 14 años antes de que llegara el primer obispo.<sup>19</sup> Estos frailes buscaban la cooperación de los caciques y otros gobernantes nobles; así, “la orden Franciscana extendió sus esfuerzos y sus organización. Con la cooperación del gobierno civil y los tributos de los indios se ayudaban a mantener su obra; los indígenas proporcionaban el trabajo para construir los monasterios”.<sup>20</sup>

La situación de los indios al desarrollarse la colonia en Yucatán es descrita por Chamberlain de la manera siguiente:

Los españoles impusieron sus instituciones políticas, económicas y sociales... estaban decididos a destruir y reemplazar con las suyas las instituciones y costumbres de los indígenas, y que consideraban contrarias a sus intereses u opuestas a la doctrina cristiana. Pero la cultura maya... era sumamente antigua y ... tenazmente conservadora... La civilización indígena podía ser modificada, aun en sus elementos esenciales, pero no podía ser destruida.<sup>21</sup>

Consecuentemente, el gran obstáculo en la cristianización de las comunidades indígenas fue la cultura maya.

La religión y las costumbres que tenían antigüedad de siglos en estos indígenas —dice Chamberlain—, no podían ser fácilmente desarraigadas y barridas... Muchos elementos del antiguo culto y aun la abierta idolatría desafiaron al desarraigo, especialmente en regiones distantes y condujeron a graves problemas políticos así como también religiosos.<sup>22</sup>

La parte inquisitorial desarrollada por la Iglesia católica ha merecido trabajos especializados extensos;<sup>23</sup> por el momento expondremos nuestro

<sup>18</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, “Prólogo”, *cit.*, nota 3, p. CLXII.

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

<sup>20</sup> Chamberlain, Robert S., *op. cit.*, nota 3, pp. 326 y 329.

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 346 y 347.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 326 y 330.

<sup>23</sup> Entre otras: Carrillo Ancona, Crescencio, *El obispado de Yucatán. Historia de su fundación y de sus obispos desde el siglo XVI hasta el XIX seguida de las constituciones sinodales de la diócesis y otros documentos relativos*, Mérida, Imprenta y Litografía de Ricardo B. Caballero, 1895, 2 tomos, edición de 1979; Sánchez de Aguilar, Pedro, “Informe contra *idolarum cultores* del obispado de

punto de vista en relación con el ejercicio del poder político y jurídico en la segunda mitad del siglo XVI y así completar el periodo del proyecto de investigación trazado al inicio.<sup>24</sup>

Un caso específico, por ejemplo, es el del historiador Pedro Miranda Ojeda, quien afirma que el establecimiento de la Inquisición fue parte de una estrategia orientada a la exclusión y persecución de la herejía, de las rupturas y de las desviaciones de la sociedad. El Santo Oficio también se distinguió por su carácter de Tribunal, "...empleó la tortura como un medio para cumplir sus propósitos".<sup>25</sup> Así, la Iglesia y el Estado españoles procuraron inculcar normas de conducta que debían proseguirse durante una vida.

El número de la quema de reos (denominada eufemísticamente "relajación" por los inquisidores) se elevó a 40 antes del establecimiento del Santo Oficio en 1571.<sup>26</sup>

También se crearon en Yucatán las *comisarías*,

con la finalidad de tender una red con la cobertura suficiente para abarcar el extenso territorio colonial. El mayor obstáculo de los primeros comisarios fue la definición de jurisdicciones con fronteras demasiado amplias, que debían aliviarse mediante las llamadas visitas de distrito. La fragmentación del territorio en unidades más pequeñas contribuyó a estrechar la vigilancia y el control de la sociedad...<sup>27</sup>

En cuanto a la división territorial maya, esta era política y cosmogónica, pues un pueblo se dividía en cuatro secciones o barrios, que eran encabezados por un jefe, y arriba de estos, un gobernante, según lo refiere Pincemin:

La división política... se concretizaba entonces en una repartición geográfica. Dicho fenómeno no es único en el área maya: cuando cayó Mayapán, el *halach huinic* de los xiues salió con los jefes y 'las cuatro divisiones de la ciudad'. En el altiplano central se encuentra también el mismo tipo de organización con Moctezuma y los cuatro barrios de Tenochtitlán. Y todavía hoy en día algunos pueblos de la Península de Yucatán están divididos en cuatro barrios.

Yucatán", en *El alma encantada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987; Pérez Martínez, Héctor y Elguero, José, *Una polémica en torno de frailes y encomenderos (1938)*, Campeche, Gobierno del Estado de Campeche, 2006; Miranda Ojeda, Pedro, *Las comisarias del Santo Oficio de Mérida y Campeche. Configuración geodemográfica y sociedad en el prisma inquisitorial 1571-1780*, Campeche, Gobierno del Estado de Campeche, 2007.

<sup>24</sup> Véase *Poder político y jurídico en Yucatán en la primera mitad del siglo XVI. Aproximación preliminar*, cit., nota 1.

<sup>25</sup> Miranda Ojeda, Pedro, *op. cit.*, nota 23, p. 16.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 19.

Dicha formación corresponde a la visión cosmogónica mesoamericana con un universo de cuatro puntos cardinales y un centro. Cabe hacer notar que no se trata exactamente de cinco direcciones sino de cuatro más una, cuatro conceptos semejantes y uno aparte.<sup>28</sup>

Tanto la Inquisición como la Comisaría fueron instituciones de carácter político-jurídico que se desarrollaron en la península con fines de control y vigilancia. Por ejemplo, Diego de Landa estuvo al frente a principios de la década de 1560, cuya competencia no fue muy exitosa, según anota Pedro Miranda Ojeda.<sup>29</sup> Sin embargo, la efectividad institucional tendría éxito con la introducción —a nivel local— de organismos permanentes y dependientes de su autoridad plena.

Sería con la promulgación de la Constitución de Cádiz en 1812 cuando se enterraría a la Inquisición, y solo hasta 1820 cuando se extinguiría definitivamente en las Indias.<sup>30</sup>

La Iglesia católica, particularmente la orden franciscana, tuvo una actuación protagónica en aplicar el derecho español y decidir el rumbo de la historia en Yucatán a partir de la segunda mitad del siglo XVI. Los escritos en torno a la interpretación de la fe maya se encuentran en trabajos como *El Informe contra idolatrum cultores*, escrito por Pedro Sánchez de Aguilar, donde se “permite adentrarnos en una concepción del mundo que se expresa en los proscritos rituales y que perfila una voluntad de resistencia y de sobrevivencia cultural de la sociedad sojuzgada”.<sup>31</sup> Estas palabras fueron redactadas por un fraile de nombre Joseph de San Buenaventura en una obra titulada *Historias de la conquista del mayab, 1511-1697*. Su historia, como todas, tiene una clara intención política que declara abiertamente: “la de-

<sup>28</sup> Pincemin, Sophia, *op. cit.*, nota 8, p. 71.

<sup>29</sup> Miranda Ojeda, Pedro, *op. cit.*, nota 23, p. 21.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>31</sup> San Buenaventura, Joseph de, *Historias de la conquista del mayab, 1511-1697*, edición, introducción, paleografía y notas de Gabriela Solís Robleda y Pedro Bracamonte y Sosa, Mérida, Yucatán, Universidad Autónoma de Yucatán, Facultad de Ciencias Antropológicas, 1994, pp. X y XI. Asimismo, “numerosos pueblos indígenas se mantuvieron muy apartados geográfica y políticamente de los tres centros tradicionales del poder español en la península yucateca: Mérida, Campeche y Valladolid... la villa de Bacalar nunca pudo desempeñar en forma eficiente su papel de avanzada de la colonización. En esa amplia región selvática [Chiapas, Belice y norte de Guatemala] estuvieron asentados diversos cacicazgos mayas con alto grado de autonomía o francamente independientes y rebeldes como los tipúes, itza’es, lacandones, quechaches, mopanes y choles, y al mismo tiempo esa extensa e inestable frontera permitía el asentamiento de los indígenas fugitivos del norte de la península...”, Solís Robleda, Gabriela y Bracamonte y Sosa, Pedro, “Introducción”, en San Buenaventura, Joseph de, *op. cit.*, p. XXX.

fensa de su orden y del pacto social vigente frente a lo cambios liberales que conmovían a la provincia entre 1721 y 1723”.<sup>32</sup> Aunque habría que agregar la muy reconocida intención de obtener el permiso de la Inquisición para publicar su libro.<sup>33</sup>

Del trabajo de San Buenaventura conviene retener su opinión sobre la organización socio-política, ya que destacan las referencias al papel de los *halach uinic* y su ejercicio del poder al interior de los cacicazgos, debido a que había alianzas entre estas unidades políticas y un grupo de principales denominado Consejo de Ancianos, cuya función era de importancia en la estructura del poder. Situación que aprovechó exitosamente el hijo del Adelantado, Francisco de Montejo, el Mozo, para cumplir con el encargo dado en 1540 al solicitar el apoyo de los *halach uinic* de los cacicazgos amigos y fundar Mérida en 1542.<sup>34</sup>

Cumplido el acto fundacional el 6 de enero de 1542, el Mozo, en su calidad de teniente de gobernador, designó alcaldes y regidores: “Xorge de Villagómez. Francisco de Bracamonte. Francisco de Cieza. Gonzalo Méndez. Juan de Urrutia. Luis Díaz. Hernando de Aguilar. Pedro Galiano. Francisco de Berrio. Pedro Díaz. Pedro Costilla. Alonso de Arévalo. Gaspar Pacheco y Alonso de Reynoso”. Un día después, ellos recibieron las varas, “pusieron la mano en cruz y juraron a dios en forma debida de derecho”.<sup>35</sup>

Tres, en principio, son las características relevantes de la fundación de Mérida en el contexto de mediados del siglo XVI.

# 1. La orden o instrucción proviene de Francisco de Montejo como autoridad concedida por las capitulaciones firmadas por el rey de España.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. XVI. El contenido descrito por San Buenaventura de lo testimoniado por Gonzalo Guerrero vale la pena reflexionarlo, pues acusa a la inquisición por prácticas equivalentes a las tenidas por los mayas, p. XV.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. XXVII. Asimismo, es oportuno mencionar, aun cuando ya sea admitido y reconocido, que otro fraile, Diego de Landa, había dedicado su estancia en España a finales del siglo XVI para defenderse de las acusaciones en su contra por perseguir “las idolatrías yucatecas”. Esta circunstancia es en gran medida una de las razones para interpretar su *Relación de las cosas de Yucatán*.

<sup>34</sup> Así se hizo el 6 de enero de 1542 al fundar en Ichcanzihó (T’hó) la ciudad de Mérida: “que nuestro señor guarde para su santo servicio por largos tiempos, con protestación que hago que si al servicio de dios nuestro señor y de su majestad... [y] para que la dicha ciudad de Mérida no decaiga y de continuo permanezca, mando al reverendo padre cura Francisco Hernández... tomar solar y sitio para hacer la iglesia mayor, la cual al presente mando que se fabrique... y le doy por apellido Nuestra Señora de la Encarnación, la cual tomo por abogada así para que de continuo me dé gracia, ensanche su santa fe católica... y amparo la dicha ciudad”. Rubio Mañé, Ignacio, *Alcaldes de Mérida de Yucatán (1542-1941)*, México, Ediciones Cultura, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1941, p. 11.

<sup>35</sup> Rubio Mañé, Ignacio, *Alcaldes de Mérida de Yucatán (1542-1941)*, *cit.*, nota anterior, p. 11.

2. La construcción de una iglesia destinada a la expansión del catolicismo en las nuevas tierras.
3. El nombramiento vertical y personal ejercido por Francisco de Montejo, el Mozo, en la designación de autoridades.

Los alcaldes serían las primeras autoridades que ejercerían el poder político y jurídico en Yucatán en la segunda mitad del siglo XVI. En opinión del historiador Ignacio Rubio Mañé, se trata de un “grupo reducido —que se repite constantemente— de donde dimanaban dichos mandatarios. Son los mismos conquistadores, fundadores o primeros pobladores. No fue sino hasta 1571 que comienzan a figurar los criollos, con el hijo del fundador de la ciudad. Al cerrarse dicha centuria es mayor el número de éstos”.<sup>36</sup> También el número de problemas será mayor debido al método usado para el nombramiento. Así, los Montejo, hijo y sobrino, habían impuesto

rígidamente las normas del Adelantado y las suyas propias... Dominaron a los cabildos de Mérida, San Francisco de Campeche y Valladolid, vigilando las elecciones y formando normas básicas para los consejos municipales. Tanto las elecciones como las sesiones de los concejos municipales se celebraron con su presencia, las de Mérida con la de Montejo el Mozo y las de Valladolid con la de Montejo el Sobrino. Montejo el Mozo visitaba también San Francisco de Campeche... los dos Montejo vigilaron estrechamente el ejercicio de la justicia... Los Montejo podían decidir, casi a su propia voluntad, si serían permitidas las apelaciones [de sus decisiones] a jurisdicciones superiores.<sup>37</sup>

Esto duró de 1541 hasta 1546, año este último en que llegó el Adelantado. Entonces se formó un triunvirato, que vigilaba las elecciones anuales presidiendo la asamblea y cuidando que partidarios suyos y de su confianza salieran electos como alcaldes y regidores.<sup>38</sup>

<sup>36</sup> *Ibidem*, pp. 19 y 20.

<sup>37</sup> Chamberlain, Robert S., *op. cit.*, nota 3, p. 289.

<sup>38</sup> Redfield anota una fecha cercana, pero básicamente coincide con nuestras apreciaciones. Él dice que “En 1545 llega a Mérida el viejo Montejo y se hace cargo del gobierno provincial estableciendo una verdadera dictadura. Su propósito había sido abandonar Chiapas y Tabasco, creando así una unidad de gobierno independiente de las Audiencias de Guatemala y de México, que eran las que regían la vida de la provincia. Pero en cinco años que duró su mandato no lo logró, y en 1550 fue destituido por la Audiencia de México que, según la Nueva legislación de la corona española, era la que definitivamente tendría jurisdicción sobre Yucatán. Primeramente la autoridad era ejecutada por los Alcaldes Mayores designados por las Audiencias de Guatemala o de México, hasta el año de 1564 en que fue designado el primer gobernador de Yucatán, bajo la autoridad Suprema del Virreinato de la Nueva España”,



### III. LA PRIMERA DÉCADA: 1550-1560

A fin de ofrecer un panorama de quienes ejercieron el poder político y jurídico en los 50 años de la segunda mitad del siglo XVI, intentaremos presentar un resumen de los alcaldes de Mérida y vislumbrar lo que se puede esperar de su desarrollo tanto informativo como analítico. Nuestro apoyo documental básico serán Ignacio Rubio Mañé y Adams y Scholes;<sup>39</sup> aun cuando una fuente señera como López de Cogolludo refiere como primer alcalde mayor de Mérida a Gaspar Juárez de Ávila, de finales de 1550 y principios de 1551 hasta el 13 de junio de 1552, o sea, año y medio.<sup>40</sup> El nombramiento provino de la Audiencia de México; le sucedió Tomás López Medel con el cargo de visitador en Yucatán de esta Audiencia, del 13 junio de 1552 hasta el año siguiente.

Alcaldes ordinarios fueron, en 1553, Francisco de Montejo, el Mozo, y Francisco Tamayo Pacheco, en tanto se designaba al siguiente alcalde mayor, que sería Álvaro de Carvajal, de 1554 a 1556; le seguiría Alonso Ortiz Delgueta, de 1556 a 1558; siguió Juan de Paredes de 1558 a mayo o junio de 1560.

Cronológicamente siguieron: García Jofre de Loaiza, como oidor de la Real Audiencia de los Confines y visitador de Yucatán, de mayo o junio de 1560 a mayo de 1561. Francisco Tamayo Pacheco y Melchor Pacheco fueron alcaldes ordinarios que “asumieron el gobierno a la salida del licenciado Jofre de Loaiza, de mayo a junio de 1561”.<sup>41</sup>

Importa destacar las autoridades que destituyeron a Montejo del mando en Yucatán; uno de ellos fue Blas Cota, quien fue oidor de la Real Audiencia de los Confines en Guatemala y juez de la residencia aplicada al Adelantado; estuvo en el cargo del 13 de mayo de 1549 al 3 de septiembre de 1549. Otra autoridad que intervino en el proceso contra Montejo fue

véase Redfield, Robert, *Yucatán, una cultura de transición*, cit., nota 2, p. 362, citado por Peniche Vallado, Leopoldo, *Visión de Yucatán* (repaso monográfico), cit., nota 2, pp. 21 y 22.

<sup>39</sup> Rubio Mañé, I., *Alcaldes de Mérida de Yucatán (1542-1941)*, cit., nota 34, pp. 44 y ss.; Scholes, France V. y Adams, Eleonor B., *Don Diego Quijada, alcalde mayor de Yucatán*, México, Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, 1938.

<sup>40</sup> Cédula del 22 de agosto de 1550, que contiene un acuerdo para nombrar a Gaspar Suárez como Alcalde Mayor de Yucatán y Cozumel para vigilar el debido cumplimiento en el pago de tributos de los naturales y “en lo tocante a las obras de las iglesias e monasterios proberéis como los indios entiendan en ellas de manera que, no sean bexados ny se ocupen en tiempo de sus sementeras y no consentiréis que sean cumplidos a que vengan a oyr misa de canto leguas arriba” (fecha en México a 22 del mes de agosto de 1550). Archivo General de la Nación, Reales Cédulas (duplicados), vol. 1, exp. 23.

<sup>41</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, *Notas y acotaciones a la Historia de Yucatán, de Fr. Diego López de Cogolludo*, México, Editorial Academia Literaria, 1957, p. 463.

Francisco de Herrera, como oidor de la Real Audiencia de México, del 3 de septiembre de 1549 a principios de 1551.<sup>42</sup> Pero ya no tomó ninguna residencia a Francisco de Montejo porque ya lo había hecho Cota.<sup>43</sup>

Es en este escenario donde se asiste a un cambio en el ejercicio del poder político y jurídico en Yucatán, pues se pasa del de tipo particular —concedido por las capitulaciones firmadas por el rey— a uno de tipo institucional, fundado en las Nuevas Leyes de Indias y aplicado por el rey y el Consejo de Indias. Entre las primeras decisiones estuvo separar Yucatán y Tabasco, nombrándose a Gaspar Juárez de Ávila como alcalde mayor de Yucatán y a Alonso de Manrique como alcalde mayor de Tabasco.<sup>44</sup> No obstante, los alcaldes nombrados por las audiencias dejaron insatisfechos a los colonos y franciscanos, quienes “pidieron al rey que asumiera la responsabilidad de los nombramientos de alcaldes mayores... [y] que se trasladara la provincia [de Yucatán] a la Audiencia de México”.<sup>45</sup>

Asimismo, los nombramientos eclesiásticos tomaron un matiz similar, pues en 1559,

el Capítulo General de la Orden de San Francisco... votó el erigir las custodias de Yucatán y Guatemala como provincia separada de la del Santo Evangelio de México, con la condición de que los capítulos provinciales se celebraran por turno en Yucatán y Guatemala. Así, Diego de Landa fue el primer ministro provincial en Yucatán y Francisco de Colmenar guardián y viceprovincial del convento de Guatemala. Años después, en 1565, el Capítulo General de dicha Orden votó que se erigieran las misiones en dos provincias separadas: la de San José de Yucatán y la del Santísimo Nombre de Jesús de Guatemala.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 461. Sholes precisa la fecha en que el Adelantado cesa en sus poderes: el 13 de mayo de 1549, “cuando el licenciado Blas Cota, oidor de la Audiencia de los Confines [Guatemala] y juez de residencia, se encargó de la administración provincial de Mérida”, Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, p. VIII.

<sup>43</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, p. VIII.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. IX.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. XI. Asimismo, los franciscanos eran Diego de Landa, Francisco Navarro y Hernando de Guevara, en carta elevada al Consejo de Indias; en ella se quejaban de que en la “Audiencia de los Confines [Guatemala] nunca proveen sino a sus criados por alcaldes mayores, que es harto mal gobernado y no ha de mirar vuestra alteza que no hay oro ni plata porque hay muchas almas para Dios... y porque Pedro Álvarez... quemó en una casa cuarenta o cincuenta señores [indios principales] sin oírlos de justicia”, Scholes, France V. (rec.), *Documentos para la historia de Yucatán, primera serie, 1550-1560*, Mérida, Yucatán, Compañía Tipográfica Yucateca, 1936, p. 84.

<sup>46</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, pp. XIV y XV.

Las similitudes de los procesos de nombramiento de las autoridades tanto civiles como eclesiásticas, tuvieron efectos sociales al interior de la vida indígena, pues los frailes intervendrían en las decisiones administrativas de los pueblos. Esto lo refiere France Scholes en la introducción de su trabajo sobre el alcalde Diego Quijada, al anotar que “los religiosos vinieron a ser pronto una fuerza en la administración de los pueblos indios. Ejercían una influencia directora en las elecciones locales de los pueblos, participaban en la administración de los fondos de las cajas de comunidad, vigilaban la vida de sus neófitos y los castigaban en los casos de violación de las normas cristianas de conducta”.<sup>47</sup>

Los encomenderos, a su vez, se quejaban de la intromisión religiosa en aspectos reservados a la vida civil, lo cual afectaba sus intereses. Según opinión de un exgobernador de Campeche:

Si en un principio fueron aliados el fraile y el conquistador, pronto se encontraron frente a frente. Los colocó así la pobreza de la provincia: pues mientras menores fueran las cargas que los encomenderos echasen sobre los indios, quedaría a los religiosos un mayor margen de utilidad. Y entonces comenzó la pugna abierta, tenaz entre frailes y el estado civil. No era tanto por compadecer a los indios que entablaron largos y ardidados pleitos ante las autoridades de España y las Audiencias de México y Guatemala, de las que por lapsos dependió Yucatán. Fue por el sentido de acaparamiento de la riqueza y el usar ésta como un arma de imposición de la tarea de desplazar a sus competidores, el origen de las públicas desavenencias entre los frailes y los encomenderos.<sup>48</sup>

Decían —los encomenderos— que los frailes usurpaban frecuentemente una autoridad que pertenecía a la jurisdicción civil; el mejor ejemplo de este conflicto de intereses fue el caso de Francisco Hernández, vecino de Valladolid y encomendero de los pueblos de Tepich y Chikindzonot. En 1555, este encomendero presentó su queja al presidente de la Audiencia de los Confines, acusando a Hernando de Guevara, fraile franciscano, por haber azotado y maltratado a los indios, causándoles la muerte a varios; que les había pedido tributos; que había puesto y quitado varas de justicia; que había intervenido en asuntos civiles y criminales usurpando la jurisdicción real.<sup>49</sup> A su vez, los frailes contracusaron a Hernández por haber hecho observaciones sobre Hernando de Guevara y llamado al convento de San Bernardino una “casa de ladrones”.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. XIX.

<sup>48</sup> Pérez Martínez, Héctor, “Introducción”, en Landa, Diego de, *op. cit.*, nota 16, p. 15.

<sup>49</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, p. XXI.

El 22 de agosto de 1556, Cristóbal de Miranda, “por comisión de fray Francisco Navarro, custodio de los franciscanos, inició un proceso contra Hernández... [quien] fue puesto en prisión...”. Un mes después se le sentenció a presentarse al Santo Oficio en Sevilla, pero prefirió que se le siguiese el proceso en Yucatán. Se le tomó confesión inicial, en la cual admitió haber dicho a los indios lo que tenían que hacer cuando se les intentase trasladarse de su pueblo contra su voluntad, pero en una segunda confesión dijo que, además, les había asegurado que los frailes se metían a curas por no trabajar. Se le condenó a desdecirse públicamente en lengua maya, desterrarse de Yucatán por cinco años y pagar multas y costas del proceso por 600 pesos.<sup>50</sup>

El encomendero apeló la sentencia ante la Audiencia de los Confines, Guatemala, y logró que el 22 de enero de 1557 la Audiencia dictara provisiones “dando permiso a Hernández para volver a Yucatán”. Aún más, al año siguiente, la misma Audiencia “revocó todo lo que había pasado en el caso hasta la fecha [22 de marzo de 1558] y ordenó un nuevo juicio”. Y lo que siguió es destacable: “Se ordenó a Hernández que volviese a Yucatán en el plazo de seis meses y se presentara ante el obispo de la provincia o en ausencia de éste, ante el prelado superior de la orden franciscana ante el cual debía verse la causa de nuevo”.<sup>51</sup>

Francisco Hernández se presentó ante Diego de Landa en octubre de 1558; fue apresado y Landa cedió el caso a dos letrados en México; encarcelado en Mérida, logró evadirse y trasladarse a Guatemala, donde ya había nuevo presidente de la Audiencia de los Confines; su nombre era Juan Núñez de Landecho, quien escuchó a Hernández, pero el presidente y los oidores decidieron, el 23 de marzo de 1560, devolver el caso a Diego de Landa. Este regresó a Yucatán, pero Hernández fue a México, donde apeló ante el arzobispo. El provisor del arzobispo ordenó a Landa inhibirse y que el caso se siguiera en grado de apelación ante el padre Lorenzo de Monterroso, clérigo de Yucatán. Landa se negó, por lo que amenazó a Monterroso con molestarlo “en todo lo que pudiese”. Acto seguido, el arzobispo, o su provisor, ordenaron a Monterroso y a Hernando de Andrada, “que entendieren en el negocio e intimasen y mandasen intimar las censuras al dicho Provincial (Landa) y al padre fray Francisco Navarro para que otorgasen la apelación al dicho Francisco Hernández e inhibiesen y entregasen

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. XXIII.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. XXIV. ¿Por qué digo que es destacable? La razón de que sea destacable es por el hecho de que una autoridad civil obsequie el caso a una religiosa, situación extraña en nuestros días, pero no rara en esos tiempos, dada la confraternidad de las instituciones.

el proceso”.<sup>52</sup> El caso llegó, en la primavera de 1561, a manos del nuevo custodio del Convento en Yucatán, por lo cual delegó el caso nuevamente a Landa, quien se negó una vez más a entregar el proceso. Las consecuencias fueron que el cura Hernando de Andrada, mandara “fijar por los cantones de esta ciudad [Mérida] y se leyeran en la iglesia mayor de esta ciudad públicamente y se les intimaron en sus personas a los susodichos religiosos [Landa y Navarro], y ellos no las estimaron ni quisieron obedecer y quedaron descomulgados”.<sup>53</sup>

Había pasado la primavera y llegado el verano de 1561. El nuevo alcalde mayor de Mérida, Diego Quijada, ordenó proceder contra Hernández por haber ordenado a sus indios encomendados a no ir a misa; fue encarcelado y este caso se sumaba al iniciado en 1556. Diego de Landa, el 12 de octubre de 1561, decretó que el caso debería transmitirse al Inquisidor Mayor de Castilla, lo cual no sucedió porque en el otoño de ese año, el prisionero Hernández había enfermado y en invierno fallecido.<sup>54</sup>

Caso muy sonado que se antojaba enredado porque era entre españoles en Yucatán, y ellos sabían mejor que los indígenas mayas los procesos laberínticos del derecho en ese entonces. Los indios solo sabían de maltrato apenas iniciada la colonia en Yucatán; tanto había sido el efecto del maltrato a los indios, que el primero de junio de 1549, el rey extendió una cédula para regularlo.<sup>55</sup> Uno de los efectos fue el salario instituido por la Audiencia de los Confines (Guatemala) el 28 de febrero de 1558, que fue de “medio real por cada jornada para el transporte de maíz y otros mantenimientos y a un real para mantas y cera”.<sup>56</sup> El asunto de los salarios por el servicio de carga para transportar mercancías, tributos y otras necesidades, era parte de la política aplicada en Yucatán que el alcalde mayor argumentaría para su defensa ante el rey de España, ya que mandó abrir caminos para comunicar Mérida, Campeche, Valladolid y Maní. No obstante, la queja mayor de los vecinos a través de los regidores y alcaldes ordinarios de Mérida era haberse conducido con parcialidad en la investigación de Landa contra los

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. XXV.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. XXVI.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> “Real cédula que manda no se carguen los indios, aunque sea en parte que no haya caminos abiertos, para mercader, y que las otras cosas que se hubieren de llevar de unas partes a otras, las justicias den licencias para cargarlos, señalándoles la carga y el salario”, Valladolid (España), 1o. de junio de 1549 [Encinas], Provisiones, Cédulas, Capítulos de Ordenanzas..., Libro IV (Madrid, 1596), pp. 304-306, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. II, pp. 98-101.

<sup>56</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, p. LXXXIII.

idólatras: “Quijada [debía] ser considerado como responsable por la tortura a los indios y las muertes e injurias que les había resultado, porque se insistía en que Landa no se hubiese a proceder en la forma que lo hizo sin la aprobación y consentimiento de Quijada”.<sup>57</sup>

El rey, enterado de las dificultades para gobernar Yucatán, decidió nombrar a Luis de Céspedes como gobernador de Yucatán, con instrucciones de tomar residencia a Diego Quijada.<sup>58</sup> Céspedes llegó a Mérida el 13 de noviembre de 1565; el 22 de ese mes se hizo el pregón de la residencia al antiguo alcalde mayor, y el 31 de enero del año siguiente fincó los poco más de 130 cargos contra Diego Quijada. Este presentó su defensa a mediados de febrero de 1566, pero el 20 de ese mes y año, Luis de Céspedes dictó sentencia: culpable de 77 cargos, absuelto de 26, absuelto en parte de cinco y en reserva de juicio 18.<sup>59</sup> Se le condenó a pagar multas y depósitos para comparecer ante el Consejo de Indias en España; como no pudieron pagarlo ni él ni sus fiadores, entonces fue encarcelado en Mérida, pero el 19 de febrero de 1567 huyó de la cárcel y apareció ante el virrey y la Audiencia de México, quienes le concedieron ir a España y continuar su apelación ante dicho Consejo.

Diego Quijada llegó a España a fines de 1568 e hizo su defensa, pero el Consejo de Indias sentenció al año siguiente (febrero de 1569) e hizo confirmación de la sentencia el 5 de abril de 1570.<sup>60</sup> El Consejo no absolvió a Quijada de todas las acusaciones, por lo que este se vio obligado a pagar las multas correspondientes, la responsable de hacerlo fue la esposa, Guiomar de Acevedo, en Yucatán, ya que Quijada no salió de España y murió en Castilla a finales de 1571 o principios de 1572.<sup>61</sup>

#### IV. PROCESO DE UN PUEBLO: MANÍ, 1562

La designación de Diego Quijada como alcalde mayor de Yucatán fue por parte del rey de España; Quijada ejerció el cargo de fines de junio de

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. XC.

<sup>58</sup> “Real Cédula nombrando a don Luis Céspedes gobernador de Yucatán y Tabasco y dándole comisión para tomar residencia al doctor Diego Quijada, Madrid”, 3 de junio de 1564, Archivo General de Indias, sec. México, leg. 2999, libro D-2, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. II, pp. 225-229.

<sup>59</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, p. XCVII.

<sup>60</sup> “Sentencia del Consejo de las Indias en la residencia del doctor Diego Quijada”, El Escorial, 3 de octubre de 1570, Residencia de Quijada, Archivo General de Indias, sec. Justicia, leg. 247, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. II, pp. 379-392.

<sup>61</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, pp. XCIX.

1561 al 13 de noviembre de 1565.<sup>62</sup> Los vecinos de Mérida no vieron con beneplácito las acciones de este alcalde, pues dio encomiendas sin la autoridad debida, y peor aún, dándolas sin merecimiento a los amigos suyos y no a quien sí las merecían.<sup>63</sup> Las responsabilidades que tenía como alcalde mayor eran: preservar el orden público y administrar justicia; conocer de pleitos y causas civiles y criminales, fueran en primera instancia o “en grado de apelación de la justicia ordinaria en Mérida, Campeche, Valladolid y Salamanca de Bacalar”. Durante los cinco años en que ejerció el cargo, despachó el traslado de más de 20 pleitos, que “tratan de homicidios y de otros crímenes violentos, maltratamiento de indios por encomenderos y por otros españoles, pecados públicos, incestos, bestialidades, alborotos del orden público, faltas de respeto a las autoridades locales así como a las provinciales...”; pero se inmiscuía en asuntos electorales, pues provocó incluso que empezara la distinción entre Mérida y Campeche para el nombramiento de poderes locales, ya que los vecinos de San Francisco de Campeche le hicieron ver que la real provisión en que fundaba su actuar era aplicable a Mérida, pero no a Campeche. Fue entonces que la Audiencia de México intervino y “reinstituuyó en sus cargos a los alcaldes elegidos el primero de enero de 1562”. Los vecinos de Campeche tuvieron argumentos para acusar al alcalde mayor de “emplear su propia influencia y autoridad para asegurar la elección de sus amigos”.<sup>64</sup>

Y no solo tuvo diferencias con los encomenderos, sino también con los oficiales reales, pues Scholes y Adams refieren el caso en que la Audiencia de México recibió una solicitud de apelación contra una decisión del alcalde mayor de Mérida, Quijada, para no pagar las ayudas autorizadas (poco más de 4,000 pesos) por el oidor Jofre de Loaiza durante su gestión. La Audiencia de México remitió el caso al Consejo de Indias, y el 30 de marzo de 1569 este “decidió a favor de los oficiales reales”; para esta última fecha, Quijada había dejado de ser alcalde, pero su proceder hacía ver que durante la conquista, la espada era la medida de la justicia, pero ya en el periodo colonizador sería la ley, y el escenario de lucha los juzgados.

La nueva estructura del poder político y jurídico en Yucatán a mediados del siglo XVI combinaba la tradición española con las viejas formas de control indígena maya. Así, tenemos que en la cúspide piramidal de la nueva clase gobernante se encontraba el rey de España, seguía el Consejo de In-

<sup>62</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, *Notas y acotaciones a la Historia de Yucatán, de Fr. Diego López de Cogolludo*, cit., nota 41, p. 463.

<sup>63</sup> Scholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, p. XXXI y XXXII.

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. XXXV.

días, luego los virreyes, alcaldes mayores y regidores. “Pero a los indios se les concedió tener cierto gobierno propio en sus pueblos, donde las cuestiones locales continuaron a ser conocidas por los oficiales nativos bajo la supervisión de los alcaldes mayores y corregidores españoles”.<sup>65</sup> En relación con los tribunales del Santo Oficio, instituidos en México entre 1569 y 1571, la característica sobresaliente es que

los indios fueron exceptuados de la jurisdicción de la Inquisición, pero antes de esa época, los casos de herejía y apostasía que envolvían a indígenas, como los de los españoles, eran tratados ante los prelados ordinarios que ejercían autoridad inquisitorial... Desgraciadamente un estudio completo de las actividades de estos inquisidores ordinarios en los procesos de los casos indígenas nunca se ha llevado a cabo.<sup>66</sup>

Conviene aquí colocar un ejemplo de proceso contra indígenas a la luz del derecho aplicado en Yucatán en 1562, cuando aún no había Inquisición. El testimonio lo conocemos por Bartolomé de Bohorques, vecino de Maní y testigo de cómo los frailes hacían confesar a los indígenas sus idolatrías:

los dichos frailes [Pedro de Ciudad Rodrigo, Juan Pizarro, Francisco Aparicio, Antonio Verdugo, Francisco de Miranda, Francisco de Santa Gadea y Miguel de la Puebla] les mandaban atar [a los indios] algunos de ellos unas piedras grandes a los pies y así los tenían un rato, y si todavía no declaraban de más cantidad de ídolos dábanles algunos azotes y pringábanlos con hachas [o candelas] de cera [ardiendo]... Y habiendo confesado o no, cuando les parecía [a los frailes] los mandaban quitar y meter en la dicha cárcel [la del pueblo de Maní] hasta el domingo primero venidero, que tenía mandado hacer en el patio y cementerio del... monasterio un cadalso de madera donde subían con corozas a los que les parecía, y desnudos y con sogas a las gargantas e ídolos en las manos, y así los tenían todo el tiempo que duraba la misa y sermón. Y luego... mandábanlos azotar allí públicamente, dando a unos a ciento y a otros a doscientos azotes, demás de lo cual les mandaban pagar a cada uno dos reales en plata o en cacao, y si no los tenían los tornaban a la cárcel hasta que los pagaban.<sup>67</sup>

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. XXXVIII.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. XXXIX.

<sup>67</sup> “Declaraciones de algunos testigos sobre la investigación de las idolatrías de los indios hecha por Fray Diego de Landa y sus compañeros en el año de 1562”. Residencia de Quijada, Archivo General de Indias, sec. Justicia, leg. 245. Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, pp. 24-68. También, “Diligencias hechas por el Provincial Fray Diego de Landa y el Obispo Fray Francisco de Toral en el asunto de la idolatría de los indios. Años de 1562 y 1563”. Archivo General de Indias, sec. Escribanía de Cámara, leg. 1009B, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, pp. 189-232, esp. 217.



El caso pasó a manos del alcalde mayor Diego Quijada, quien sentenció la causa ordenando “que hiciese y cumplierse acerca del castigo de las dichas idolatrías todo aquello que le fuese mandado por el dicho provincial [Diego de Landa] y ejecutase sus mandamientos”. Landa cumplió:

Y él se ponía en su juzgado en una ramada del dicho monasterio con su mesa y en su silla y con el dicho notario [Francisco de Orozco], de donde enviaba a llamar a los dichos gobernadores [caciques] y principales uno a uno para tomarles sus confesiones. Y algunos confesaban alguna cosa y otros no, y los mandaba colgar de la manera que [se] tiene dicho y declarado que los otros frailes habían hecho a los demás...

¿Y el alcalde Quijada? También estuvo presente; Landa le mostró lo confesado y conversaron en presencia de Miguel de la Puebla y Juan Pizarro, visto lo cual continuó el proceso:

Y al dicho auto estuvo presente y se halló el dicho alcalde mayor y los dichos frailes sentados en sus sillas en el mismo cadalso, y otros españoles, y allí se leyeron las sentencias contra los susodichos y los azotaron públicamente conforme a ellas... Y los trasquilaron y los condenaron a unos, a tres años de sambenitos, y a otros, a uno, y en servicio de cinco y cuatro y tres años y menos. Y que pagase uno de ellos quince pesos de tipuzque, que fue un principal del pueblo de Tekax...<sup>68</sup>

El testimonio es más extenso, pero con esto es suficiente para mostrar el efecto práctico del ejercicio del poder compartido de la iglesia y la corona a través de sus representantes una vez aplicado en el territorio yucateco dominado ya por los colonizadores. El final de este suceso dramático: el pueblo de Maní fue condenado a un auto de fe por parte de los Diegos, Landa y Quijada.

El 12 de julio [de 1562] el auto de fe público se celebró en el pueblo de Maní. Sacaron en procesión los indios penitenciados con el canto del salmo de *Miserere mei Deus*. A la cabeza marchaban Fray Diego de Landa y los otros frailes, y el alcalde mayor don Diego Quijada... El provincial [Landa] hizo entonces un requerimiento formal para la ayuda del brazo seglar en la ejecución de las sentencias, y el alcalde mayor [Quijada], con un misal en sus manos y arrodillado ante un crucifijo, hizo el juramento de que ayudaría a la fe de Jesucristo, y convino en la ejecución de las sentencias, manifestando que ellas

<sup>68</sup> *Idem*.

habían sido justas y derechamente [conforme a derecho] dadas “y con su parecer y voto”.<sup>69</sup>

Pero los procesos se extendieron, lo mismo que las inconformidades indígenas. Los siguientes pueblos fueron los de Homun y Sotuta; con el temor de los sucedido en Maní, hubo suicidios, como el del cacique Lorenzo Cocom, hermano de Nachi Cocom. De esto tuvo noticias el obispo Francisco de Toral a su llegada a Campeche. Aun cuando Landa había hecho llevar a los caciques y señores principales a la ciudad de Mérida, se gestaba una rebelión por los pueblos de Hocaba, Homun, Yaxcaba y Sotuta. Por este motivo, hubo muchos españoles que desaprobaban el procedimiento de los religiosos y la ayuda que había dado el alcalde mayor en sus actividades. Fue entonces que se publicó un edicto en Mérida, “para el efecto de que las personas que habían dado ayuda y calor a los indios, o discutido la justicia de los actos de los religiosos en la investigación y castigo de la idolatría, estarían sujetos a penas eclesiásticas porque era el asunto cosa de la Inquisición”.<sup>70</sup>

El miedo se hizo presente —y trascendería— por el hecho de poseer ídolos. Héctor Pérez Martínez, gobernador de Campeche en 1939, escribiría unas notas que eran difíciles de tomar por ciertas; pero conociendo los efectos clericales, hoy es posible darle sentido a sus afirmaciones:

Cuando un indio [maya de Campeche] descubre en su milpa un ídolo, cuando lo extrae de las innumerables ruínas que tapizan las sabanas de Campeche, cuando encuentran un ‘cuyo’ [pequeño vestigio o ruina], cuando sus manos tropiezan con una cuenta de brillante jade, con el mazo, la pólvora o el machete destruye sistemáticamente el ídolo, el ‘cuyo’ o la piedra. Un observador superficial podría decir que el indio rompe así con su pasado. ¡Qué engaño! Lo resguarda, lo cuida, precisamente de contaminaciones. El ídolo disperso cobra en la mente del indio una forma concreta y eterna. Sustituye la capilla aborígen, de piedras fastuosamente labradas, con la bóveda de su cráneo en donde la horrible deidad tiene aposento que sólo la muerte puede derribar.<sup>71</sup>

Cuando el obispo Francisco del Toral llegó a Mérida en agosto de 1562, “el temor y la intranquilidad se sintieron por doquiera”. La comunidad hispana se había dividido en dos partidos, el uno compuesto por los franciscanos.

<sup>69</sup> *Ibidem*, pp. IXL y L.

<sup>70</sup> *Ibidem*, t. I, p. LIV.

<sup>71</sup> Pérez Martínez, Héctor, *En los caminos de Campeche*, Campeche, México, Editorial Ba-luarte, 1940, p. 65. El ídolo o pequeño vestigio cultural encontrado —a nuestro entender— era evidencia para ser condenado por los curas franciscanos.

canos (landanistas), el alcalde mayor y sus secuaces; el otro, de ciudadanos prominentes y algunos clérigos que desaprobaban los métodos empleados por Landa y sus socios. Toral impuso las investigaciones sin emplear la tortura, a lo que Landa se opuso y no participó más en ellas; el obispo recién llegado las haría. Encontró que “muchos de los indios ya habían declarado que levantaron falsos testimonios, acusándose [a sí mismos] y a otros de idolatrías y sacrificios para escapar de los rigores de la tortura. Toral pidió a Landa los documentos de las confesiones, pero se negó a entregarlos, a menos que fuera con causa de “residencia”.<sup>72</sup> El asunto se agravó cuando Landa reunió a varios frailes en Mérida para negar los sacramentos en los pueblos donde hubiera idólatras; además, acordaron abrir solamente los conventos de Mérida, Campeche, Valladolid, Izamal y Maní, y que en caso de fallecimiento de indios, cuya cristiandad estuviese en duda, fuesen “enterrados en un corral fuera de los cementerios”.<sup>73</sup>

La situación era tensa en Mérida. En octubre de 1562, Landa viajó a Campeche rumbo a México, y en aquella ciudad se cruzó con el Marqués del Valle, quien se ofreció mediar entre el provincial y el obispo; Quijada también estuvo y acordaron que Francisco de Montejo, el Mozo, averiguara lo relativo a las idolatrías, lo cual no se sabe de dichas investigaciones, por lo que el obispo Toral continuó los procesos, y en 1563 dictó las sentencias sobre los prisioneros, las cuales fueron leves, y los envió de regreso a sus pueblos.<sup>74</sup>

El obispo Toral concluyó además que Landa y los otros frailes habían usurpado autoridad jurisdiccional “que no era inherente a sus oficios [y se] había también caracterizado [la investigación de las idolatrías] por una crueldad e injusticia inútiles”. Al mismo tiempo que condena a Diego Quijada por aprobar “inconsideradamente” el proceder de Landa y los otros frailes.<sup>75</sup> Del dinero recogido a los indígenas (2,417 pesos) por concepto de

<sup>72</sup> “Diligencias hechas por el Provincial Fray Diego de Landa y el Obispo Fray Francisco de Toral en el asunto de la idolatría de los indios. Años de 1562 y 1563”. Archivo General de Indias, sec. Escribanía de Cámara, leg. 1009B, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, pp. 189-232, esp. 203.

<sup>73</sup> *Ibidem*, pp. LXII y LXIII.

<sup>74</sup> Francisco de Toral había confirmado 150,000 personas en 1563, durante su recorrido por la provincia de Yucatán para recabar informaciones directas de los acontecimientos alrededor de las idolatrías. Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, pp. LXIV y LXV.

<sup>75</sup> “Probanza hecha a pedimento del Obispo Fray Francisco de Toral sobre la manera en que Fray Diego de Landa y otros religiosos usaron la jurisdicción eclesiástica en la provincia de Yucatán”. Enero de 1563, Archivo General de Indias, sec. Escribanía de Cámara, leg. 1009B, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, pp. 249-289, esp. pp. 261, 268, 269 y 288.

multas y pago de costas, solo se justificaron 1,671; el resto (746) nunca se devolvió a los procesados.

Landa viajó a España para defenderse. Llegó en octubre de 1564, pero el Consejo de Indias trasladó el proceso a la Orden Franciscana en Castilla, y el rey de España confirmaría la decisión del Consejo el 13 de febrero de 1565.<sup>76</sup> La decisión sobre Landa y los frailes que torturaron a los indios en Maní, estuvo basada en la interpretación de las bulas pontificiales de ejercer acciones que corresponderían a la Inquisición; se presentó el informe donde se absolvía a Diego de Landa al ser considerado inquisidor ordinario en funciones de confesión durante el interrogatorio sobre idolatrías.<sup>77</sup> La publicación de esta decisión se haría, sin embargo, cuatro años después, el 29 de enero de 1569, en los términos siguientes: “Y así lo sentencio [Antonio de Córdoba, provincial de la Orden Franciscana de Castilla] definitivamente y os doy por libre de todo lo que fuistes acusado y así lo pronuncio y lo declaro en estos escritos”.<sup>78</sup> Tres años más tarde, el rey Felipe II premió a Landa nombrándole obispo de Yucatán en lugar de Francisco de Toral.

## V. EL OBISPADO DE DIEGO DE LANDA

Diego de Landa llegó como obispo a Yucatán en octubre de 1573;<sup>79</sup> su entrada fue por Campeche. Luego de varios días tomó camino a Mérida, donde fue recibido por el gobernador, el ayuntamiento, el clero secular, los frailes y “gran número de españoles”.<sup>80</sup> Su primer acto como provincial fue

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. CIII.

<sup>77</sup> “Informe de Fray Francisco de Guzmán al Provincial de Castilla”, Alcalá, 2 de mayo de 1565, Archivo General de Indias, sec. Escribanía de Cámara, leg. 1009B, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. II, pp. 429-435.

<sup>78</sup> “Sentencia del padre Fray Antonio de Córdoba, Ministro Provincial de la Orden de San Francisco de la provincia de Castilla”, Toledo, 29 de enero de 1569, Archivo General de Indias, sec. Escribanía de Cámara, leg. 1009B, en Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. II, p. 435.

<sup>79</sup> “En la cultura maya, las mujeres gozaban de los mismo derechos del hombre. Al llegar Fray Diego de Landa a Yucatán, las encontró sumamente castas y especialmente devotas a sus dioses, tanto que sobrepasaban a las mujeres españolas del siglo XVIII, aunque la mujer no podía ocupar cargos políticos ni penetrar en los templos o tomar parte en las ceremonias religiosas, era la reina y señora de los hogares mayas. Los hombres y las mujeres mayas eran educados con una moral muy estrecha que les enseñaba a cumplir responsablemente con todas las tareas que les correspondían”, Montero Canto, Guadalupe, *La mujer mexicana a través de la historia*, Campeche, Gobierno del Estado de Campeche, Instituto de Cultura de Campeche, 1999, p. 8.

<sup>80</sup> Ancona, Eligio, *Historia de Yucatán*, Mérida, Yucatán, Universidad de Yucatán, 1978, dos tomos, edición facsimilar de la de 1878, p. 101.

examinar a los clérigos en su conocimiento de la lengua maya, como encontró que solo tres la conocían y dejó a unos cuantos para atender la catedral, expulsó a los restantes y puso a enseñarla a los 30 que traía consigo.

No tardaron en aparecer las diferencias con el gobernador Francisco Velázquez Gijón, pues desde el púlpito de la catedral de Mérida fustigó a los encomenderos por explotar a los indios al cobijo de la autoridad civil; luego comisionó a Gregorio de Fuente Ovejuna en Campeche para castigar a los idólatras de ese lugar. Autoridades y pobladores de San Francisco de Campeche solicitaron a la Audiencia de México “prohibiese a Landa imponer en adelante castigos corporales sin la intervención de la autoridad civil”.<sup>81</sup> Esta institución encontró fundada la solicitud y sentenció no aprisionar a los indios, ni colocarlos en cepos, “ni los trasquilasen, ni azotasen”; y emplazó al gobernador de Yucatán para la vigilancia de esta orden, así como poner en libertad a los que estuvieran presos por órdenes de Landa. Este se molestó y pidió a su asistente o provisor que visitase al gobernador que le auxiliase en el castigo de las idolatrías, pero Velázquez Gijón se negó y en su lugar encarceló al clérigo enviado por Landa, quien en respuesta excomulgó al gobernador, mismo que días después se presentó arrodillado ante el obispo solicitándole perdón, lo cual concedió el obispo a cambio de “aceite para la lámpara del Sacramento”.<sup>82</sup>

El gobernador fue remplazado —atendiendo órdenes de Felipe II— por Guillén de las Casas, tomando posesión el 27 de septiembre de 1577. Este gobernante tuvo la fortuna de disponer vigías en las costas yucatecas ante el acecho de los piratas.<sup>83</sup> Pero las diferencias con el provincial franciscano continuaron, pues luego de haber excomulgado al gobernador anterior, ahora lo hacía en contra del alcalde de Valladolid por ayudar a escapar a un preso indígena acusado de idolatría. Guillén de las Casas se entrevistó con el provincial en un pueblo cercano a Izamal, donde sostuvieron un diálogo que terminó en comedia, según lo relata el historiador Eligio Ancona:

- Señor Gobernador, exclamó Landa al verle...
- Señor, respondió el interpelado, vengo en busca de la paz.
- Vuestra merced se parece entonces al rey de Francia, que cuando quiere la paz, paz; y cuando quiere la guerra, guerra...
- No soy rey de Francia, sino de España.
- Pero entonces Landa se apostó, y con toda acritud de su carácter, replicó en seguida:

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 107.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 109.

<sup>83</sup> Pérez Martínez, Héctor, *Piraterías en Campeche, siglos XVI, XVII y XVIII*, Campeche, México, Universidad Autónoma del Sureste, 1984, p. 22.

— Vuestra merced no es rey de Francia, ni de España, ni aun siquiera de bastos...

— El gobernador repuso con sorprendente humildad:

— Señor, no se trata ahora de mi conducta... [sino de la absolución del alcalde].<sup>84</sup>

Landa se negó porque a cambio quería al preso fugado, pero este se había ido a la montaña, por lo que Guillén de las Casas empleó el recurso de su antecesor y se lanzó al piso de rodillas; entonces el provincial franciscano no tuvo inconveniente en conceder la solicitud del gobernador.

Continuaron las diferencias del gobernador con los franciscanos por el exceso de prebendas que solicitaban para su orden. Incluso el rey Felipe II le instruyó en una carta del 25 de agosto de 1578, que favoreciera y ayudare “en todo lo que fuere necesario” a dichos religiosos.<sup>85</sup> Al año siguiente, el 29 de abril de 1579, Diego de Landa fallecería en Mérida de una enfermedad aguda.

## VI. PREBENDAS FRANCISCANAS, REBELIONES INDÍGENAS Y PIRATERÍAS INGLESAS

El gobernador Guillén de las Casas, a su vez, sería sustituido en 1582 por Francisco de Solís, quien tuvo que sofocar la rebelión en Campeche encabezada en 1584 (¿o 1586?) por Francisco Chí. “El gobernador Francisco de Solís tuvo que enviar gente armada ‘y prendió las cabezas y se hizo justicia de ellas’”,<sup>86</sup> “conforme a la bárbara legislación de aquella época, que intentaba buscar el escarmiento con espectáculos de esta naturaleza”, al decir de Eligio Ancona.<sup>87</sup>

Por las mismas fechas, hubo un incidente de piraterías, pero el gobernador Francisco de Solís ordenó “el alistamiento de las milicias y una revista general. En Campeche se presentaron más de cien hombres; en Valladolid, ochenta y en Mérida doscientos”;<sup>88</sup> los hombres del gobernador intentaron requisar las armas a los indios, pero estos se opusieron, aun cuando sí se “recogió una gran cantidad de flechas, lanzas y espadas de pedernal”.<sup>89</sup> Se

<sup>84</sup> Ancona, Eligio, *op. cit.*, nota 80, p. 113.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 115.

<sup>86</sup> Bracamonte y Sosa, Pedro y Solís Robleda, Gabriela, *Espacios mayas de autonomía...*, *cit.*, nota 5, p. 52. Véase también, Bracamonte y Sosa, Pedro, *op. cit.*, nota 5, pp. 15 y ss.

<sup>87</sup> Ancona, Eligio, *op. cit.*, nota 80, p. 118.

<sup>88</sup> Pérez Martínez, Héctor, *Piraterías en Campeche, siglos XVI, XVII y XVIII*, *cit.*, nota 83, p. 22

<sup>89</sup> Ancona, *op. cit.*, nota 80, p. 119.

hizo tal alboroto frente a las playas que los piratas de las naves inglesas se retiraron.

Landa fue sustituido como provincial por un fraile dominico de nombre Gregorio de Montalvo, rival de los franciscanos, que intentó disminuir el poder de la Orden Franciscana revisando los aranceles de que gozaban para el cobro de sus derechos parroquiales; no lo logró. A cambio, obtuvo una reprimenda y “se le ordenó que respetase en adelante las prerrogativas de sus adversarios [los franciscanos]”.<sup>90</sup>

En abril de 1583 llegó a Mérida el oidor de la Audiencia de México, Diego García de Palacio, quien llevaba la orden de revisar el estado civil de la península. Coincidió con su presencia el dominico Montalvo, quien en Sotuta mandó aprehender a unos indios idólatras, pero no los castigó, sino que los entregó al oidor; este, a su vez, los sentenció a trabajos forzados en San Juan de Ulúa y la Habana, entre los castigados estaba Andrés Cocom, quien “logró ablandar al capitán de la fragata en que se hallaba, y alcanzó de él la licencia que le pidió para bajar a tierra. Una vez en la playa, buscó albergue entre sus compatriotas de las serranías, y por mucho tiempo no se tuvo noticia de él hasta que se esparció la de que andaba conspirando para hacerse *rey* de la península”.<sup>91</sup> No obstante, fue apresado junto con otros indios por el gobernador Francisco de Solís en Campeche y condenado al patíbulo.

Por lo menos entre la autoridad mayor civil y la eclesiástica no había discordias, pero sí entre las órdenes franciscana y dominica. Ejemplo de estas diferencias está el caso de la posesión de conventos para una y otra orden, pues los dominicos reclamaban los que en tiempos de Landa les había despojado, por lo cual los franciscanos les cedieron el templo de Chancernote, pero el obispo dominico pidió también la feligresía del pueblo de Zucopo, o sea quitarle un pueblo que era devoto del templo de Tizimín. Los franciscanos se negaron y el pleito llegó a la Audiencia de México, que se pronunció en favor de los franciscanos; no contentos con la resolución, los dominicos apelaron al Consejo de Indias, continuando las reclamaciones hasta lograr “que los franciscanos fueran lanzados de sus conventos a principios de siglo [el XIX]”.<sup>92</sup>

El gobernador Francisco de Solís fue sustituido en 1586 por Antonio de Vos Mediano, quien “comenzó a ejercer funciones de visitador general... [aplicando] un interrogatorio que contenía más de ochenta preguntas.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>91</sup> *Ibidem*, p. 121.

<sup>92</sup> *Ibidem*, p. 123.

Dedicóse también a inquirir el número y calidad de armas que había en la colonia, haciendo formar una relación de las que cada vecino tenía en su poder”. Estas acciones no fueron bien vistas por los vecinos, toda vez que había estado ya el oidor de la Audiencia de México haciendo una visita. La revisión de armas se dijo que era atribución del Ayuntamiento, “como constaba en dos cédulas reales que se conservaban en su archivo, y las cuales mandó al gobernador para que se impusiese. Pero éste las arrancó de las manos del escribano que se las presentó y continuó su inspección”.<sup>93</sup>

Ante tales acciones, el cabildo de Mérida presentó su queja a la Audiencia de México, y esta respondió en abril de 1588 con la orden girada al gobernador para que suspendiese las averiguaciones y devolviese las reales cédulas incautadas; el gobernador repuso que las reales cédulas provenían de la Audiencia de Guatemala y no tenían ya efectos en Yucatán, y que sus instrucciones provenían del rey de España, a lo que la Audiencia de México se allanó y confirmó lo realizado por el gobernador Antonio de Vos Mediano.<sup>94</sup>

No se detuvo más De Vos Mediano, y llegó a extraer a los indios retenidos en los conventos acusados de alguna falta, lo cual indignó a los frailes por desafiar la inmunidad de los templos. El rey, entonces, ordenaría al gobernador, que “de aquí en adelante [tengáis] grande y continuo cuidado de la conservación de la autoridad e inmunidad eclesiástica y reverencia de la dignidad sacerdotal”.<sup>95</sup> Y no solo eso, sino que además creó la plaza de Defensor de los Indios el 9 de abril de 1591 con sueldo de 200 pesos anuales pagaderos en dos partidas, una en junio y otra en diciembre.<sup>96</sup>

En ese mismo año el obispado cambió de representación, recayendo el nombramiento en Juan Izquierdo, franciscano, por lo que no hubo discusiones con los frailes de la orden. Por el lado civil, el nuevo gobernador sería Alonso Ordóñez de Nevares a partir del 30 de julio de 1593. Este tuvo, entre sus primeras disposiciones, modificar el sistema de repartimientos en Yucatán, ordenando que se suspendiera el adelanto de los mismos a los indios, con el fin de acabar con la usura que significaba, pues del dinero (12 reales como máximo, según disposición del gobernador Antonio De Vos Mediano) que recibían como adelanto de sus cosechas o sus productos artesanales, los encomenderos ganaban mucho más por el precio de los productos en que vendían lo dado por los indios. Los españoles se rebelaron al gobernador,

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 124.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 125, nota.

<sup>96</sup> ¿Sería el primer *ombudsman* de la historia en América? Habría que analizar en la cédula real sus funciones para adelantar una respuesta.



pero este no modificó su decisión; lamentablemente falleció el 26 de mayo de 1595.<sup>97</sup>

A su muerte le sucedió Carlos de Sámano y Quiñones el 15 de junio de 1596; de su gobierno se afirma que tuvo la decisión de recuperar a varios indios de la isla de Contoy, quienes ahí se habían fugado para realizar sus devociones a sus antiguos dioses; también se toma nota de haberle seguido causa procesal a Andrés Chí por herejía e idolatría, quien “fue condenado a muerte y ejecutado, después de abjurar sus errores”. Este gobernador dejó el cargo a finales de 1597.

El siguiente gobernador fue Diego Fernández de Velasco, pero solo para finalizar el año de 1597, pues su ausencia de la provincia de Yucatán ocasionó que Martín de Palomar asumiera interinamente el gobierno hasta mayo de 1598, que es cuando Diego Fernández de Velasco retomaría el cargo hasta el 11 de agosto de 1604. Durante su mandato falleció Felipe II en España,<sup>98</sup> accediendo al trono su hijo Felipe III. En Mérida se realizó una sesión solemne de juramento al nuevo rey el 18 de abril de 1599 en la plaza mayor frente al palacio episcopal y la casa real.

Un año antes, en 1598, hubo una incursión pirata en las costas de Campeche, misma que fue repelida por españoles e indígenas mayas en tierra; hicieron huir a los corsarios ingleses al mando de William Parker, dejando parte del botín en la playa. “En Mérida, apenas se supo de lo acontecido en Campeche, el teniente [Martín de] Palomar y el cabildo ordenaron enviar rápidamente gente de socorro, y para que más pronto llegara a su destino la embarcaron en la vigía del puerto de Cuzel a bordo de otra fraga artillada al mando de don Alonso de Vargas Machuca”.<sup>99</sup> En la ruta se encontraron con otro navío español proveniente de las playas de Campeche y juntas alcanzaron a los corsarios ingleses, a quienes enfrentaron y abordaron una de sus naves, obligando a desalojarla. A la nave inglesa, ya con tripulación española, prisioneros ingleses y algo del botín recuperado, la orientaron y navegaron hacia Campeche, donde fue resguardada por 17 días del pirata inglés, quien tuvo que retirarse dejando “uno de sus barcos en poder de los españoles”.<sup>100</sup>

Al año siguiente (1599) Valladolid fue escenario de otro ataque de piratas ingleses capitaneados nuevamente por William Parker. En río Lagartos

<sup>97</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, *Notas y acotaciones a la Historia de Yucatán, de Fr. Diego López de Cogolludo*, cit., nota 41, p. 469.

<sup>98</sup> 13 de septiembre de 1598.

<sup>99</sup> Pérez Martínez, Héctor, *Piraterías en Campeche, siglos XVI, XVII y XVIII*, cit., nota 83, p. 24.

<sup>100</sup> *Ibidem*, p. 25.

“estaban almacenados cantidades fuertes de algodón, añil, miel, cera y plata, que iban a ser exportados”.<sup>101</sup> Pero el 11 de abril de ese año, “40 soldados y 100 indios flecheros” al mando del capitán Sánchez Aguilar, impidieron que desembarcaran los bucaneros, quienes insistieron y retornaron el 22 de abril con refuerzos, entonces sí desembarcaron unos 60 piratas, que fueron repelidos con pólvora y flechas de los guerreros de Valladolid; los ingleses tuvieron que retirarse sin tocar las mercancías almacenadas.<sup>102</sup>

En 1600 se cierra el ciclo y el siglo que pretendíamos abordar para conocer el ejercicio del poder político y jurídico en la península de Yucatán; los cincuenta años se caracterizaron fundamentalmente por una convivencia y regateo de dicho poder de parte de alcaldes y frailes, o provinciales y gobernadores, en contra de indígenas mayas o de españoles vecinos de las ciudades colonizadoras que se inconformaban por el tipo de leyes que se aplicaban en ellas. La presencia de los piratas de Inglaterra funcionó como factor de unión entre españoles entre sí como de estos con los indígenas para repeler las agresiones; no obstante, sus apariciones esporádicas en las costas, como la de marzo en 1600, siendo gobernador Diego Fernández de Velasco, detuvieron temporalmente el conflicto interno, pero de ello nos ocuparemos en otra oportunidad.<sup>103</sup>

Así que en conjunto, son once los gobernadores de Yucatán para la segunda mitad del siglo XVI.

Habría que analizar también las estructuras del gobierno eclesiástico en Yucatán, pues era un poder en gran medida compartido —en el siglo XVI— con el gobierno civil, que es el más conocido y del que más se investiga y difunde.

Consecuente con la opinión de asumir históricamente un ejercicio del poder político y jurídico compartido con la iglesia católica, pasemos a ver en sus inicios la estructura eclesiástica de la misma. Rubio Mañé anota con certeza que fue hasta 1539 cuando se creó el obispado de Chiapas con extensión jurisdiccional para Coatzacoalcos, Tehuantepec, Yucatán y Cozumel.<sup>104</sup> Fue así que Bartolomé de las Casas, dominico en su carácter de obispo, visitó San Francisco de Campeche en cuanto parte de Yucatán con el fin

<sup>101</sup> Méndez Bacza, Ricardo y Góngora Biachi, Renán A., *Valladolid: hechos y personajes*, Mérida, Yucatán, Instituto Cultural Valladolid, 1993, t. I, p. 19.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>103</sup> Sería hasta 1602 y 1604 cuando se tiene noticia de incursiones militares españolas para regresar a los indígenas huidos a los pueblos de la península. Una por el norte, en las costas de Cabo Catoche y otra en Campeche. Véase Quezada, Sergio, *Breve historia de Yucatán*, México, El Colegio de México-Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 38.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 485.

de reputar “estas tierras como parte de su diócesis”.<sup>105</sup> También lo consigna Francisco Ximénez en su *Historia de la provincia de San Vicente de Chiapa y Guatemala*, que en sus anotaciones registra la muerte de “diez frailes y varios seglares” debido al naufragio de la embarcación que los llevaba a Tabasco. Frente a los costas de Champotón, el cacique “recogió al superviviente y dio el luctuoso aviso al obispo [Las Casas, quien] por varios días en compañía de los demás frailes trilló la playa, buscando sin encontrar los cuerpos de sus hermanos”.<sup>106</sup>

Como antecedente de la diócesis en Yucatán, consideraremos los franciscanos siguientes: Luis de Villalpando (comisario, 1546); Juan de la Puerta (comisario, murió en Sevilla en 1559).

*Custodios* (1549-1561): Luis de Villalpando, 1549; Lorenzo de Bienvenida, 1553; Francisco Navarro, abril de 1556; Diego de Landa, noviembre de 1556; Francisco de la Torre, noviembre de 1560.

*Provinciales* (1561-1562): Diego de Landa, septiembre de 1561.

*Obispos*: el 19 de noviembre de 1561, Pío IV firma la bula de erección del obispado en Yucatán; el primer obispo producto de esa decisión fue Francisco de Toral, quien tomó posesión de la diócesis en Mérida el 15 de agosto de 1562.<sup>107</sup> Dura en el cargo hasta el día de su muerte el 20 de abril de 1571.

Le sigue en el cargo de obispo de Yucatán, Diego de Landa; inicia su periodo en octubre de 1573 hasta su fallecimiento el 29 de abril de 1579, a la edad de 55 años. Le sucedió Gregorio de Montalvo, fraile dominico que ejerció el obispado en Yucatán desde 1581 hasta 1587, cuando se trasladó a Cuzco, en el Perú.

De 1587 a 1590 no hubo obispo, sino hasta 1591, cuando se nombra a Juan de Izquierdo,<sup>108</sup> franciscano; él ejerce el obispado hasta el 17 de noviembre de 1602.

<sup>105</sup> *Ibidem*, p. 486.

<sup>106</sup> Pavón Abreu, Raúl (comp.), “Fray Bartolomé de las Casas en Campeche”, capítulos de la obra, *Historia de la provincia de San Vicente de Chiapas y Guatemala*, por Fray Francisco Ximénez, Campeche, Universidad Autónoma de Campeche, 1991, p. 4.

<sup>107</sup> Rubio Mañé, J. Ignacio, *Notas y acotaciones a la Historia de Yucatán, de Fr. Diego López de Cogolludo*, cit., nota 41, p. 488.

<sup>108</sup> Juan de Izquierdo, obispo de Yucatán, poco antes de finalizar el siglo XVI, escribía al rey una queja, “en carta de 7 de septiembre de 1596, de los excesos y vida regalona que llevaban los franciscanos... ‘respondiendo a los Vuestra Alteza pretende saber de las rentas y ornamentos de los religiosos —informa el obispo— para ver de responder a esto es necesario advertir que en esta Provincia no hay más de sola una religión de San Francisco, la cual tiene 24 guardianías las dos en 2 pueblos, y las 21 en las provincias de indios. Y como los dichos religiosos tienen lo bueno y mejor de toda esta tierra de las Provincias de indios que tienen a su cargo, abundan en todas las cosas a ellos necesarias, tienen ricas casas, ricos ornamentos y servicios muy cumplidos para sus

En síntesis, son cuatro obispos formalmente reconocidos frente a once gobernadores con quienes de manera conjunta ejercerán y disputarán el predominio sobre los indígenas mayas en la península de Yucatán al establecerse el periodo colonial en el sureste de México. Y ello a causa de la condición fijada en la concesión dada por el papa a los reyes católicos para colonizar las tierras descubiertas en el nuevo continente. Era una convivencia forzada y con regateos.

## VII. CONCLUSIÓN

Vale la pena citar las palabras del historiador France Scholes para evaluar la política española en América en general y en Yucatán en particular: “La política general colonial fue definida por muchas cédulas reales y decretos administrativos pero el cumplimiento de ellos dependía de la discreción y buen juicio de los oficiales provinciales, que necesariamente habían de tomar en consideración las condiciones locales y otras particularidades”.<sup>109</sup>

También es preciso tomar nota de las palabras de Héctor Pérez Martínez para valorar hacia nuestro tiempo lo hecho por las órdenes religiosas en Yucatán al principio de la Colonia:

El trabajo de los religiosos acerca de los indios tenía tres aspectos fundamentales: 1.- Obtener su sumisión y hacerlos unidades explotables; 2.- Instruirlos en los elementos rudimentarios de la religión católica, y 3.- Alejarlos de las prácticas paganas... [Pero] una antiquísima organización social... cuyos soportes más firmes eran los de la religión, se hizo impermeable a la nueva fe, adquiriendo de ella un barniz que servía a los indios para vivir en aparente igualdad espiritual con el blanco, en tanto que desde las puertas de sus chozas hacia adentro reinaban los ídolos e imperaban las viejas sabidurías pues tampoco los frailes fueron un vehículo de culturización popular, ya que a la política colonial no convenía elevar en este sentido los indios a quienes se mantuvo celosamente apartados de todos los instrumentos de la civilización como no fueran aquellos que podían hacer rendir más su trabajo.<sup>110</sup>

En suma, consideramos que lo destacable del periodo colonial en la península fue, en primer lugar, el cambio jurisdiccional de Yucatán hacia las

*iglesias’...*”, Pérez Martínez, Héctor y Elguero, José, *Una polémica en torno...*, cit., nota 23, pp. 18 y 19, subrayado en el original.

<sup>109</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, p. C.

<sup>110</sup> Pérez Martínez, Héctor, *En los caminos de Campeche*, cit., nota 71, p. 67; también, “Introducción” a *Relación de las cosas de Yucatán*, cit., nota 16, pp. 14 y 15.

instituciones rectoras de la vida política, pues desde la fundación de Mérida en 1542, la Audiencia de México tomaba a su cargo los litigios, pero a partir de 1543 fue la Audiencia de Guatemala la responsable de llevar los asuntos de Yucatán y Tabasco, aunque en 1548 regresaron a la de México debido a la oposición de los colonos de estas provincias. No obstante, dos años más tarde (1550) regresaron a la de Guatemala. Solo diez años después retornarían permanentemente a la de México.<sup>111</sup>

La sentencia contra Francisco de Montejo, el Adelantado, trascendería histórica y políticamente, pues el desplazamiento del poder personal, fundado en las capitulaciones, hacia el poder institucional, fundado en las Nuevas Leyes, dando el poder a las audiencias en América, marcaría la ruptura del orden personal y sentaría la figura del orden institucional en los sucesos que rigieron tanto a Yucatán como a México y el resto de la América española.

En segundo lugar, consideramos que media centuria del poder compartido por la iglesia y el gobierno civil en Yucatán permite ver cómo la unión de los dominadores sobre los sometidos generó, por encima de las tribuciones<sup>112</sup> habituales, inconformidades tanto de los encomendados como de los nuevos señores. Las escasas sublevaciones reconocidas significaron un rompimiento del pacto para la fundación de la nueva colonia en América, pero que fue conservado unas veces por la fuerza y otras por la resignación aparente del pueblo maya. Serían las incursiones piratas un factor circunstancial y relativo para unir a la colonia y sellar así el mestizaje en la península; unión que se tensaría no con la Independencia de México, sino con la guerra social o de castas de 1847. Proceso al que nos avocaremos en próxima oportunidad.

<sup>111</sup> Sholes, France V. y Adams, Eleanor B., *op. cit.*, nota 39, t. I, pp. VII y VIII.

<sup>112</sup> Véase Garza, Mercedes de la et al. (coords.), *Relaciones histórico-geográficas de la Gobernación de Yucatán (Mérida, Valladolid y Tabasco)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de Estudios Mayas, 1983, 2 ts., en donde se reúnen las aportaciones de los pueblos mayas hacia la metrópoli entre 1579 y 1581. No obstante la solicitud de Felipe II para conocer la situación objetiva de las colonias españolas, mediante las relaciones obtenidas a través de las respuestas a una serie de cuestionarios, lo cierto es que o no se cumplían o se entregaban tardíamente con la finalidad de que el monarca en España no se enterara de la situación de la encomienda, por eso es posible afirmar que “en Yucatán se vivía una situación al margen de la legislación” (p. XXIX) aun cuando se declarara la obediencia al rey. En el proceso de cumplir con las Instrucciones del rey Felipe II colaboraron personajes con antecedentes indígenas mayas, como Gaspar Antonio Chí, “conocedor de su propia cultura”; otros fueron “escribanos”, como Gerónimo de Castro. Las relaciones de la Gobernación de Yucatán forman un grupo de 53 documentos; 25 pertenecen a Mérida; 25 a Valladolid y 3 a Tabasco. De Campeche y Salamanca de Bacalar no hay ninguna relación.

## VIII. FUENTES

- AGUIRRE ARVIZU, Virginia, “Los viajes de exploración”, en PIÑA CHAN, Román (dir.), *Enciclopedia histórica de Campeche*, t. B, vol. 16, México, Porrúa, Gobierno del Estado de Campeche, 2003.
- ÁLVAREZ CORAL, Juan, *Historia de Quintana Roo*, 2a. ed., Chetumal, Gobierno de Quintana Roo, 1971.
- ANCONA, Eligio, *Historia de Yucatán*, Mérida, Ediciones de la Universidad de Yucatán, edición facsimilar de la de 1878, 1978, 2 ts.
- BARTOLOMÉ, Miguel Alberto, *La dinámica social de los mayas de Yucatán*, México, Instituto Nacional Indigenista, Conaculta, 1992.
- BERNAND, Carmen y GRUZINSKI, Serge, *Historia del Nuevo Mundo. Del descubrimiento a la conquista. La experiencia europea, 1492-1550*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BRACAMONTE Y SOSA, Pedro, “Yucatán: una región socioeconómica en la historia”, *Península*, revista semestral, México, Mérida, Yucatán, vol. II, núm. 2, otoño de 2007.
- , *La conquista inconclusa de Yucatán. Los mayas de la montaña, 1560-1680*, México, CIESAS, Universidad de Quintana Roo, Miguel Ángel Porrúa, 2001.
- y SOLÍS ROBLEDA, Gabriela, *Espacios mayas de autonomía. El pacto colonial en Yucatán*, Mérida, Yucatán, Universidad Autónoma de Yucatán-Conacyt, 1996.
- BRAUDEL, Fernand, *El Mediterráneo y el mundo mediterráneo en la época de Felipe II*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- BROKMANN HARO, Carlos, *Hablando fuerte. Antropología jurídica comparativa de Mesoamérica*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2007.
- , *La justicia en el mundo prehispánico*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010.
- CÁRDENAS VALENCIA, Francisco de, *Relación historial eclesiástica de la provincia de Yucatán en la Nueva España, escrita el año de 1639*, México, Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, 1937.
- CAREAGA VILIESID, Lorena (rec.), *Lecturas básicas para la historia de Quintana Roo. Antología*, t. II: *Descubrimiento y conquista*, Chetumal, Gobierno del Estado de Quintana Roo, 1979.
- , *Quintana Roo, entre la selva y el mar*, México, Secretaría de Educación Pública, 1982.
- CARRILLO Y ANCONA, Crescencio, *Historia antigua de Yucatán*, Mérida, Impr. Gamboa Guzmán, 1883.

- , *El obispado de Yucatán. Historia de su fundación y de sus obispos desde el siglo XVI hasta el XIX seguida de las constituciones sinodales de la diócesis y otros documentos relativos*, Mérida, Imprenta y Litografía de Ricardo B. Caballero, 1895, 2 ts., edición de 1979.
- CASTRO, Américo, *La realidad histórica de España*, México, Porrúa, 1965.
- CETINA SIERRA, I. Adonay, *Mérida de Yucatán, 1542-1984. Historia Gráfica*, Mérida, SEP, Programa Cultural de las Fronteras, Ayuntamiento de Mérida, 1984.
- CHAMBERLAIN, Robert Stoner, *Conquista y colonización de Yucatán, 1517-1550*, “Prólogo” de J. Ignacio Rubio Mañé, México, Porrúa, 1974.
- “Cultura maya”, *Arqueología Mexicana*, México, núm. 34, edición especial, Conaculta-INAH, abril de 2010.
- DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal, *Historia verdadera de la Conquista de la Nueva España*, México, Porrúa, 1968, 2 ts.
- Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Real Academia Española, 2001.
- FERNÁNDEZ DE OVIEDO Y VALDÉS, Gonzalo, *Historia general y natural de las Indias, islas y tierra firme del Mar Océano*, Madrid, Imprenta de la Real Academia de Historia.
- FREY, Herbert, *La feudalidad europea y el régimen señorial europeo*, México, INAH, 1993.
- GARCÍA IZCABALCETA, Joaquín, *Documentos para la historia de México*, México, Porrúa, 1971.
- GARZA, Mercedes de la et al. (coords.), *Relaciones histórico-geográficas de la Gobernación de Yucatán (Mérida, Valladolid y Tabasco)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filológicas, Centro de Estudios Mayas, 1983, 2 ts.
- HOY, Carlos, *Breve historia de Quintana Roo*, 2a. ed., Chetumal, Gobierno del Estado de Quintana Roo, 1983.
- , *Breve historia de Quintana Roo. Navegaciones de la Memoria*, Chetumal, Gobierno del Estado de Quintana Roo, 1998.
- HURTADO VALDEZ, Jorge Carlos, “Presentación”, en AZNAR BARBACHANO, Tomás y CARBÓ, Juan, *Memoria sobre la conveniencia, utilidad y necesidad de erigir constitucionalmente en estado de la Confederación mexicana el antiguo distrito de Campeche*, edición facsimilar, Imprenta de Ignacio Cumplido, 1861, Gobierno del Estado de Campeche-Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- IZQUIERDO Y DE LA CUEVA, Ana Luisa, “El delito y su castigo en la sociedad maya”, en SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (coord.), *Memoria del*



- II Congreso Internacional de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.
- LANDA, Diego de, *Relación de las cosas de Yucatán*, Introducción de Ángel Ma. Garibay, México, Porrúa, 1986.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Juan Gerardo, “España en los albores del siglo XVI (1469-1516)”, en PIÑA CHAN, Román (dir.), *Enciclopedia histórica de Campeche*, vol. 16, t. B, México, Porrúa, Gobierno del Estado de Campeche, 2003.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Fanny, “Referentes de identidad entre los linajes mayas del periodo clásico: la reina-roja de Palenque”, en OCHOA, Lorenzo y MARTEL, Patricia (eds.), *Lengua y cultura mayas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Antropológicas, 2002.
- MÉNDEZ BAEZA, Ricardo y GÓNGORA BIACHI, Renán A., *Valladolid: hechos y personajes*, Mérida, Yucatán, Instituto Cultural Valladolid, 1993.
- MIMENZA CASTILLO, Ricardo, *La civilización maya. Enciclopedia gráfica*, Revista mensual, t. I, Barcelona, Editorial Cervantes, sin mes, 1929.
- MIRANDA OJEDA, Pedro, *Las comisarías del Santo Oficio de Mérida y Campeche. Configuración geodemográfica y sociedad en el prisma inquisitorial 1571-1780*, Campeche, Gobierno del Estado de Campeche, 2007.
- MOLINA SOLÍS, Juan Francisco, *Historia del descubrimiento y conquista de Yucatán, con una reseña de la historia antigua de esta península*, Mérida de Yucatán, Imprenta y Litografía R. Caballero, 1896.
- OKOSHI HARADA, Tsubasa *et al.* (eds.), *Nuevas perspectivas sobre la geografía política de los mayas*, México, UNAM, Universidad Autónoma de Campeche, Foundation for the Advancement of Mesoamerican Studies, Inc., 2006.
- ORTEGA Y MEDINA, Juan Antonio *et al.*, *El descubrimiento de América y su impacto en la historia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1992.
- PAVÓN ABREU, Raúl (comp.), “Fray Bartolomé de las Casas en Campeche”, capítulos de la obra, *Historia de la provincia de San Vicente de Chiapas y Guatemala*, por Fray Francisco Ximénez, Campeche, Universidad Autónoma de Campeche, 1991.
- PECH, Ah-Macan, “Crónica de Yax Ku Kul”, en MARTÍNEZ HERNÁNDEZ, Juan, *Crónicas mayas*, Mérida, Yucatán, México, Nuevos Talleres de la Cía. Tipográfica Yucateca, 1926.
- PENICHE VALLADO, Leopoldo, *Visión de Yucatán* (repaso monográfico), Mérida, Maldonado Editores, 1983.
- PÉREZ GALAZ, Juan de Dios, *Diccionario geográfico, histórico y biográfico de Campeche*, 2a. ed., Campeche, Gobierno del Estado de Campeche, 1979.



- PÉREZ MARTÍNEZ, Héctor, *En los caminos de Campeche*, Campeche, México, Editorial Baluarte, 1940.
- , “Introducción”, en LANDA, Diego de, *Relación de las cosas de Yucatán*, México, Editorial Robredo, 1938.
- , *Piraterías en Campeche, siglos XVI, XVII y XVIII*, Campeche, México, Universidad Autónoma del Sudeste, 1984.
- y ELGUERO, José, *Una polémica en torno de frailes y encomenderos (1938)*, Campeche, Gobierno del Estado de Campeche, 2006.
- PINCEMIN, Sophia, *Remontando el río...: reconocimiento arqueológico del río Candelaria*, Campeche, Universidad Autónoma de Campeche, 1993.
- PIÑA CHAN, Román, *Campeche durante el periodo colonial*, Campeche, México, Muralla Editorial, 1987.
- , *Los antiguos mayas de Yucatán*, México, SEP-INAH, Gobierno del Estado de Yucatán, 1978.
- QUEZADA, Sergio, *Breve historia de Yucatán*, México, Fondo de Cultura Económica-El Colegio de México, 2001.
- RAMÍREZ AZNAR, Luis, “Campeche en la historia”, en FOLAN HIGGINS, William (coord.), *Campeche maya colonial*, México, Universidad Autónoma de Campeche, 1994.
- REDFIELD, Robert, *Yucatán, una cultura de transición*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944.
- REJÓN GARCÍA, Manuel, *Los mayas primitivos*, Mérida, Imprenta de la Lotería del Estado, 1905.
- REPETTO TIÓ, Beatriz, *Desarrollo militar de los mayas prehispánicos*, Mérida, Universidad Autónoma de Yucatán, tesis de licenciatura, 1979.
- RUBIO MAÑÉ, Ignacio, *Alcaldes de Mérida de Yucatán (1542-1941)*, México, Ediciones Cultura, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1941.
- (recop.), *Archivo de la historia de Yucatán, Campeche y Tabasco*, México, Impr. Aldina, Robredo y Rosell, 1942, 3 ts.
- , “Prólogo”, en CHAMBERLAIN, Robert Stoner, *Conquista y colonización de Yucatán, 1517-1550*, México, Porrúa, 1974.
- , *Notas y acotaciones a la historia de Yucatán, de Fr. Diego López de Cogolludo*, México, Editorial Academia Literaria, 1957.
- RUZ ESCALANTE, José Luis y GAMBOA G., María Teresa, *Breve historia de la legislación maya en Quintana Roo, siglos I al XIX*, Chetumal, Quintana Roo, Gobierno del Estado de Quintana Roo, Fondo de Publicaciones y Ediciones, 1991.

- RUZ LHUILLIER, Alberto, *La civilización de los antiguos mayas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- SAHLINS, Marshall, *Las sociedades tribales*, Barcelona, Editorial Labor, 1972.
- SAN BUENAVENTURA, Joseph de, *Historias de la conquista del mayab, 1511-1697*, edición, introducción, paleografía y notas de Gabriela Solís Robleda, Pedro Bracamonte y Sosa, Mérida, Yucatán, Universidad Autónoma de Yucatán, Facultad de Ciencias Antropológicas, 1994.
- SÁNCHEZ ALBORNOZ, Claudio, *Viejos y nuevos estudios sobre las instituciones medievales españolas*, Madrid, Espasa-Calpe, 1976.
- SÁNCHEZ DE AGUILAR, Pedro, "Informe contra *idolarum cultores* del obispado de Yucatán", en *El alma encantada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- SAUCEDO GONZÁLEZ, José Isidro, *Poder político y jurídico en Yucatán en la primera mitad del siglo XVI. Aproximación preliminar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Documento de Trabajo núm. 154, 2011.
- SHARER, Robert S., *La civilización maya*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1998.
- SHOLES, France V. y ADAMS, Eleonor B., *Don Diego Quijada, alcalde mayor de Yucatán*, México, Antigua Librería Robredo, de José Porrúa e Hijos, 1938.
- SOLAFRANCA ORTEGA, Jesús F., "Una trascendental decisión histórica de España, ¿África o América?", en ORTEGA Y MEDINA, Juan Antonio *et al.*, *El descubrimiento de América y su impacto en la historia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 1992.
- SOUSTELLE, Jacques, *Los mayas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- THOMPSON, J. Eric S., *Grandeza y decadencia de los mayas*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1995.



REFLEXIONES EN TORNO A ALGUNOS INTERTEXTOS  
Y PARATEXTOS DERIVADOS DE UNA LECTURA  
DE MIGUEL ÁNGEL ASTURIAS\*

Carlos PÉREZ VÁZQUEZ\*\*

En composant *la Chartreuse* pour prendre  
le ton, je lisais chaque matin deux ou trois  
pages du code civil, afin d'être toujours  
naturel; je ne veux pas, par des moyens  
factices, fasciner l'âme du lecteur.

Lettre de Stendhal à Honoré  
de Balzac 30 octobre 1840

La primera vez que leí la edición española de *Leyendas de Guatemala* una cosa atrapó de inmediato mi atención. Me refiero a la carta que, a manera de presentación, se puede leer en la edición de Alianza Editorial. La cito textualmente.

Carta de Paul Valéry a Francis de Miomandre

Mi querido amigo:

Le doy las gracias por haberme dado a leer estas “Leyendas de Guatemala” del señor Miguel Ángel Asturias. Como escritor tiene suerte, porque la traducción de su trabajo es deleitable, por lo tanto, excelente; es decir, bella, pero fiel. Una buena traducción tiene las virtudes de una esposa romana: *egregia coniux*.

En cuanto a las leyendas, me han dejado traspuesto. Nada me ha parecido más extraño —quiero decir más extraño a mi espíritu, a mi facultad de alcanzar lo inesperado— que estas historias-sueños-poemas donde se confunden

\* Ponencia presentada en las XVII Jornadas Lascasianas Internacionales: Contactos y cooperación a través de las fronteras. Pueblos originarios y afroamericanos. Convenio OIT 169, Quetzaltenango, Guatemala, 21 de noviembre de 2007.

\*\* Coordinador de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

tan graciosamente las creencias, los cuentos y todas las edades de un pueblo de orden compuesto, todos los productos capitosos de una tierra poderosa y siempre convulsa, en quien los diversos órdenes de fuerzas que han engendrado la vida después de haber alzado el decorado de roca y humus están aún amenazadores y fecundos, como dispuestos a crear, entre dos océanos, a golpes de catástrofe, nuevas combinaciones y nuevos temas de existencia.

¡Qué mezcla de naturaleza tórrida, de botánica confusa, de magia indígena, de teología de Salamanca, donde Volcán, los frailes, el Hombre-Adormidera, el Mercader de joyas sin precio, las “bandadas de pericos dominicales”, “los maestros-magos que van a las aldeas a enseñar la fabricación de los tejidos y el valor del Cero” componen el más delirante de los sueños!

Mi lectura fue como un filtro, porque este libro, aunque pequeño, se bebe más que se lee. Fue para mí el agente de un sueño tropical, vivido no sin singular delicia. He creído absorber el jugo de plantas increíbles, o una cocción de esas flores que capturan y digieren los pájaros. “El Cuco-de-los-Sueños se despierta en el alma”.

Se aconsejaba Stendhal a sí mismo, el leer todas las mañanas un poco del Código Civil. Este consejo tiene su valor. Pero una farmacopea tiene que ser completa. Después del tónico hacen falta los bálsamos y las resinas embriagadoras. Una dosis de cuando en cuando de este elixir guatemalteco es excelente contra tantas cosas...

Enteramente suyo,

Paul VALÉRY

Valéry parece establecer una necesaria combinación entre la lectura del Código Civil francés, mejor conocido como el Código Napoleón, y la lectura de los textos de Miguel Ángel Asturias. Apoyándose en la cita de Stendhal, Valéry parece sugerir que la literatura de Asturias y la redacción del Código Civil se complementan. Mi deformación como abogado y los esfuerzos que he realizado para enmendar ese error de juventud estudiando literatura no podían llevarme a otro lado. Stendhal buscaba algo así como una receta para afinar o, si se quiere mejor, sazonar el tono de su *Cartuja*. Valéry parece señalar que un esfuerzo completo por parte del novelista francés le habría exigido también leer algo parecido a *Leyendas de Guatemala*.

Tal como nos recuerda José M. Cuesta Abad, el viejo precepto de la hermenéutica jurídica postula que, en lo claro, no cabe la interpretación.<sup>1</sup> A pesar de que la receta stendhaliana tiene como objetivo el recomendar la escritura de textos claros para lograr un tono sencillo, las implicaciones o los efectos secundarios de esta recomendación son complejos y sofisticados.

<sup>1</sup> Cuesta Abad, José M., *Las formas del sentido. Estudios de poética y hermenéutica*, Salamanca, Universidad Autónoma de Madrid, 1997, p. 10.

dos. La recomendación de Stendhal también nos lleva a reflexionar acerca de la posibilidad de escribir con absoluta claridad, y a reflexionar acerca de la posibilidad de establecer comunicaciones efectivas, sin distorsiones o sin obstáculos tanto en el derecho como en la literatura. En otras palabras, la recomendación tiene hondas consecuencias pragmáticas, útiles para dos disciplinas.

Esta afirmación resulta familiar para aquellos que creemos necesario hacer más accesible el lenguaje del derecho a los justiciables, a aquellos que pretenden hacer valer los derechos de acceso a la justicia que ya les otorgan muchos instrumentos internacionales; la afirmación paratextual resulta familiar para aquellos que creemos que, ante los excesos de nuestros órganos de impartición de justicia, es necesario tratar de reducir el campo de la discrecionalidad judicial. La lectura de ambos textos puede ayudar a ese esfuerzo.

¿Cuál es el tono al que se refería el autor de *La Cartuja*? ¿Sería aquel que está relacionado con el sonido, con la fonética y, por lo mismo, con la selección de los mensajes del texto? ¿O quizá tendría que ver con la entonación y, por lo mismo, con el ritmo, las pausas y las manifestaciones afectivas del emisor del texto? Así, ¿a cuál de las dos articulaciones se refiere la recomendación? La respuesta a esta pregunta es importante porque puede decirnos algunas cosas acerca de lo que, en la imaginación de Paul Valéry, es el tono característico de *Leyendas de Guatemala*.

En mi opinión existen elementos para creer que Stendhal se refería a algo parecido a lo que los lingüistas modernos, dentro de la llamada segunda articulación, identifican como la entonación. Esto es, con el medio físico que en la comunicación sirve, entre otras cosas, para transmitir información acerca del estado anímico del hablante.

Si esto es así, la afirmación de Valéry empieza a cobrar sentido. En realidad hay una clara diferencia entre el Código Napoleón y *Leyendas de Guatemala*. La entonación casi marcial del código contrasta con la entonación pesada y onírica de los relatos de Asturias, quien escribe un texto cargado desde un punto de vista anímico, lo que puede comprobarse a lo largo de la lectura del libro de relatos. Veamos algunos ejemplos de este tono:

Existe la creencia de que los árboles respiran el aliento de las personas que habitan las ciudades enterradas, y por eso, costumbre legendaria y familiar, a su sombra se aconsejan los que tienen que resolver casos de conciencia, los enamorados alivian su pena, se orientan los romeros perdidos del camino y reciben inspiración los poetas (*Guatemala*, p. 14).

Poetas y jueces se encuentran y hallan respuesta a la sombra de los árboles. Uno puede tratar de explicar la crisis por la que atraviesan tanto nuestra

poesía como nuestros sistemas de impartición de justicia, por la ausencia de árboles. No parece haber nada más alejado del paisaje arbolado al que se refiere Asturias que la poesía urbana que invadió el siglo XX y las moles de mármol, cristal y acero que albergan a los tribunales. ¿Qué tipo de inspiración pueden recibir en la ciudad los poetas? ¿Qué tipo de consejos pueden recibir los jueces de rocas inanimadas, frías, lejos del aliento de nuestros semejantes inframundanos?

Vayamos a otra cita: “seis hombres poblaron la Tierra de los Árboles: los tres que venían en el viento y los tres que venían en el agua, aunque no se veían más que tres. Tres estaban escondidos en el río y sólo les veían los que venían en el viento cuando bajaban al monte a beber agua” (*Leyenda del volcán*, p.33).

Quedémonos un momento en esta última oración. Asonancias y aliteraciones comunican un estado de ánimo asombrado ante el sonido de la naturaleza, ante el sonido de lo que no puede verse: “sólo los veían los que venían en el viento”.

Es claro que el Código Napoleón no es el lugar para tratar de expresar el asombro ante lo que no puede verse, ante lo que sólo puede tratar de aprehenderse mediante el oído abrumado. Sin embargo, el tono del Código Napoleón, como el de cualquier otro texto normativo, también puede ser analizado. Aunque leo francés, no puedo analizar el texto del Código Napoleón con la intimidad y familiaridad que leo los textos que en mi lengua materna escribió Asturias. Sin embargo, puedo tratar de leer algunos fragmentos del Código Civil Federal de México que, en mi opinión, heredó algunas ambiciones prosódicas del Código Civil francés.

“Artículo 6o. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”.

En este artículo encuentro aquello a lo que Stendhal se refería. El tono marcial, autoritativo de esta expresión parece que no deja —como es su intención— lugar a dudas. Sin embargo, muchos sentidos pueden derivarse de la lectura de este texto y aunque algunos son muy claros, la interpretación es inevitable. Por ejemplo, sabemos que la ley no puede ser afectada en modo alguno por la voluntad de los particulares, eso es claro. Además, el adverbio con el que inicia el segundo enunciado considera que los derechos privados no pueden renunciarse en todo momento. *Sólo* aquellos que no afecten al interés público, ni afecten derechos de terceros pueden renunciarse. ¿Y esto qué quiere decir? Pues, que no todo el catálogo de derechos

privados puede renunciarse. Algunas connotaciones del adverbio ayudan a confirmar este sentido. Desde un punto de vista fonético, el acento en la primera sílaba de la palabra “sólo” al inicio de una oración atrae la atención del lector. De esta manera, la acentuación contribuye a que el mensaje funcione como deben hacerlo los mensajes normativos incluidos, por supuesto, los códigos civiles: a manera de anuncio, de advertencia, de aviso y, por lo mismo, de orden emitida con la mayor claridad posible. Ésa es precisamente la entonación del código que, me parece, puede calificarse como efectiva desde un punto de vista pragmático.

Veamos otro ejemplo tomado del Código Civil Federal mexicano: “artículo 1824. Son objeto de los contratos: I. La cosa que el obligado debe dar; II. El hecho que el obligado debe hacer o no hacer”.

El texto de este artículo es tan claro que, en mi opinión, es una de las razones que ha permitido el desarrollo de una sociedad mercantilista en México, en la cual el intercambio de cosas se produce sin cesar. El artículo responde con claridad a la pregunta acerca de qué o para qué sirven los contratos. Palabras y expresiones clave que son en sí mismas definiciones: “objeto”, “cosa”, “dar”, “debe”, “hacer”, “no hacer”, convidan claramente el sentido normativo del texto.

De esta manera existen en el Código Civil mexicano muestras de que los legisladores también pueden, incluso copiando, lograr textos claros y precisos que sean efectivos desde un punto de vista comunicativo. La claridad del artículo 1824 es particularmente importante, pues sostiene la existencia de un sistema jurídico bastante abstracto que tiene que ver con el establecimiento de obligaciones y el cumplimiento de las mismas. Éste es un buen ejemplo de cómo la abstracción puede también expresarse con claridad.

El tiempo corre. Regresemos a la carta de Valéry. Sabemos que, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia*, por farmacopea debemos entender al “libro en que se expresan las sustancias medicinales que se usan más comúnmente, y el modo de prepararlas y combinarlas”.<sup>2</sup>

La idea de que leer puede parecerse a una farmacopea es bastante luminosa. Ahora bien, lo interesante es saber para qué sirve el libro medicinal que construye la imaginación valeriana. ¿Qué es lo que debemos curar? La respuesta es clara: la mala expresión y la mala literatura.

Volvamos a la parte que importa de Valéry: “después del tónico hacen falta los bálsamos y las bebidas embriagadoras”. El poeta francés identifica el caudaloso estilo de Asturias con un bálsamo, con una bebida embriaga-

<sup>2</sup> <http://www.rae.es>.



dora que, aunque es parte de la receta, es necesaria para pasar el trago amargo con mayor facilidad.

Muchos son los sentidos que pueden derivarse de la afirmación valeriana. No puedo evitar sonreír al pensar en uno: Stendhal afinaba el oído en el Código Civil para encontrar el tono que quería para su *Cartuja*. Valéry utiliza la palabra tónico en otra de sus acepciones, como vigorizante, como trago que entona. Juego de palabras: el Código Civil vigoriza al lenguaje.

Aquí lo que llama la atención es el orden en el cual Paul Valéry sugiere la ingesta de los dos textos —el Código Napoleón por un lado, *Leyendas de Guatemala*, por el otro— para lograr una cura, para lograr el efecto medicinal. ¿No sería posible invertir el orden? Quizá no resultaría tan descabellado recetar un trago de Código Civil para tratar de digerir la rica y condimentada prosa de Miguel Ángel Asturias.

Sea como fuere, lo cierto es que *Leyendas de Guatemala* no puede más que considerarse como una lectura cerrada, selvática y, en ocasiones, agobiante; como una lectura que debe hacerse a machetazos. Los referentes e intertextos que existen en este libro, como en cualquier otro que alcanza tan elevada calidad estética, exigen del intérprete una labor ardua y un tanto feroz: interpretación a brazo partido, distante de lo que el postulado jurídico establece.

De acuerdo con la definición que nos ofrece Helena Beristáin, por intertexto debemos entender al:

Conjunto de las unidades en que se manifiesta el fenómeno de transtextualidad (“trascendencia textual del *texto*”), dado en la relación entre el texto analizado y otros textos leídos o escuchados, que se evocan consciente o inconscientemente o que se citan, ya sea parcial o totalmente, ya sea literalmente..., ya sea renovados o metamorfoseados por el autor, pues los elementos extratextuales promueven la innovación.<sup>3</sup>

De acuerdo con la investigadora mexicana, la “intertextualidad es hoy un concepto cada vez más utilizado en análisis de textos y en semiótica, que tiene su antecedente en la teoría de las influencias manejada desde hace un siglo en lingüística y literatura comparada”.<sup>4</sup>

Los intertextos en *Leyendas de Guatemala* tampoco son siempre sutiles. Por supuesto que algunos textos fundacionales de la literatura occidental pueden atisbarse detrás de los cuentos del escritor guatemalteco. Miguel Ángel Asturias nos cuenta relatos y leyendas que se sostienen en sus propias lecturas de las cosmogonías contenidas en varios textos imprescindibles. Pienso,

<sup>3</sup> Beristáin, Helena, *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa, 2000, p. 269.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 270.

por supuesto, en cuatro que son fundamentales: el *Chilam Balam*, el *Popol Vuh*, el *Génesis* y el mito olímpico de la Creación relatado magistralmente por Hesíodo. De hecho, me parece que *Los brujos de la tormenta primaveral* puede encararse de otra manera teniendo esos textos a la mano. En ese relato, los ejemplos sobran: la necesidad de crear una geografía infinita y abismal (“más allá de los peces, el mar se quedó sólo”: ¿Qué páramo listo para la creación puede igualarse a la soledad del mar?); la soledad inacabable que es combatida por dos amantes (“su mujer dormía. Los senos sobre las cañas de tapexco, bulto de tecomates, y el cachete aplastado contra la paja que le servía de almohada”. Ambos amantes despiertan uno junto al otro después del cataclismo, de la caída del aerolito que trajo a las hormigas y que produjo el catarro que le fluye a la tierra), que son también fundadores de la estirpe, raíces, árboles (“algo pasó, por poco se les caen los árboles de las manos. Las raíces no saben lo que pasó por sus dedos”).

En realidad, mi reflexión en torno a la intertextualidad *Leyendas de Guatemala* se dispara a partir de la carta de Paul Valéry ya mencionada la cual debe leerse como un paratexto del libro de relatos del escritor guatemalteco. Recordemos, de nuevo con Helena Beristáin, que el paratexto es un:

Texto que es un campo de relaciones, un lugar privilegiado de la dimensión pragmática de la obra por su relación con el lector, ya que aporta señales accesorias que procuran un entorno al otro texto. Tales son, respecto de un libro, sus *epígrafos*, *títulos*, *subtítulos*, *intertítulos*, *advertencias*, *prólogos*, *esquemas previos*, *proyectos*, *borradores*, *notas*, *epílogos*, *solapas*, etc.<sup>5</sup>

Los paratextos de *Leyendas de Guatemala* son fundamentales para poder acceder de mejor manera al libro. Pienso, por ejemplo, en la amplia y agradable sección que contiene un índice de modismos, “frases alegóricas” y notas. Al menos su presencia, invita a creer que es posible construir un sentido más concreto para muchos de los textos magistralmente escritos por Asturias.

Ahora bien, hay elementos para creer que muchos de los paratextos contruidos por Asturias deben leerse también como parte de la imaginación del propio escritor guatemalteco. Uno de los que más me gustan es la nota aclaratoria de lo que debemos entender por “Kukul”. Cito sólo un fragmento de la para-explicación de Asturias:

Por su riqueza y amor a la libertad, este pájaro era, sin duda, el espíritu protector (nahual) de los jefes: les ayudaba a combatir, les acompañaba en sus

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 271.

empresas y moría cuando ellos morían. Así, a la llegada de los españoles a lo que hoy se llama Quetzaltenango, en Guatemala, se cuenta que combatieron cuerpo a cuerpo don Pedro de Alvarado y Tecún-Uman, el jefe de los indios. Durante el combate, es narración que pasa por verídica, un quetzal volaba sobre la cabeza del jefe indio, atacando a picotazos al conquistador, y “enmudeciendo”, dice la narración, cuando éste atravesó con su lanza, desde su caballo (como un picador o como el Apóstol Santiago), el pecho de aquel valiente. El quetzal enmudeció, dice la narración, y de ahí que se crea que antes de la muerte de este jefe indio, el quetzal cantaba.<sup>6</sup>

He dicho que la carta de Valéry seleccionada por los editores funciona también como un paratexto del libro de Asturias. No conozco otras ediciones de esta obra del escritor guatemalteco. Sin embargo, creo que la decisión de los editores españoles en este caso me da suficiente tela para realizar algunos de los cortes que le dan forma a esta breve exposición.

La selección de la carta de Valéry nos puede hacer reflexionar acerca de algunas cosas interesantes desde el punto de vista del paratexto así formado. De hecho, la carta parece ser un ejemplo de que el paratexto no necesita siempre de la decisión de un autor para existir. Esta reflexión también nos permite elaborar otras, como la que puede hacerse acerca de la autoría del libro una vez que el trabajo del editor se ha echado a andar. Gracias a la decisión del editor, el texto se enriquece pero deja de ser sólo de Asturias. Al menos desde el punto de vista de la lectura, esto parece ser una afectación clara: ¿Cuáles son las consecuencias que produce la carta de Valéry en el lector? El paratexto no es de la autoría del escritor guatemalteco, pero permite reflexiones que tal vez no podrían hacerse sólo a partir del libro de relatos. Quizá en este ejemplo podemos encontrar el verdadero poder de los paratextos: pueden ayudar al lector a dar saltos semánticos siguiendo no sólo las reverberaciones de otros textos, sino también siguiendo las sugerencias que pueden vincular a diferentes disciplinas del conocimiento, en este caso al derecho con la literatura.

¿Por qué *Leyendas de Guatemala* tiene que considerarse como algo completamente diferente al Código Napoleón? Éste es un tema que involucra directamente los temas de estudio que me interesan: las relaciones entre el derecho y la literatura.

Parecería que la sugerencia de Valéry se enfoca en negar las principales banderas del movimiento que en los Estados Unidos se conoce como el movimiento del *Plain Language*. Sin embargo, algo más profundo parece estar debajo de esta afirmación apresurada. ¿Qué es lo que ha pasado desde

<sup>6</sup> Asturias, Miguel Ángel, *Leyendas de Guatemala*, Madrid, Alianza Editorial, p. 197.

que Stendhal hizo su famosa recomendación hasta nuestros días? ¿Por qué los abogados han perdido el tono natural, sencillo y eficaz que el autor de la *Cartuja* alababa en uno de los textos jurídicos más famosos e influyentes en la historia del derecho?

En todo caso, lo que me interesa rescatar es la relación textual creada a partir de la carta de Paul Valéry. ¿Qué cercanías, diferencias y complicidades existen entre un texto como el Código Napoleón y *Leyendas de Guatemala*? Creo que entre los dos textos puede construirse una lectura.

En esa línea, abordemos por último lo más elemental. Me refiero a la afirmación de Valéry de que el libro de Asturias puede complementar o hacer más tragable el tónico, esto es, la lectura atenta y aprendiz del texto legal.

No sé hasta qué punto esta caracterización no descansa en un lugar común. La idea de que la literatura latinoamericana, tan cargada de junglas y simios, flores y volcanes, dioses guerreros y pájaros bellísimos, nos permite, de alguna manera, sobrellevar, por momentos, el peso de la modernidad, la carga inmensa que representa la civilización.

En la carta de Paul Valéry se deja sentir una nostalgia —muy de su tiempo y del nuestro, por cierto— acerca de las bondades del paraíso terrenal que hemos abandonado en nombre del avance, en nombre de la modernidad, de la occidentalización que triunfa en apariencia.

Parece que Valéry nos dice que el afán por lograr tanta claridad y tanta franqueza no ayuda, es insuficiente y engañoso. Es como si el poeta francés nos dijera que es necesario volver al machete, abrirnos camino en la lectura para sanarnos encontrando tesoros ocultos.

Valéry apela a la dificultad en la escritura y a la importancia de dejar que nuestros sentidos y nuestra alma sean sorprendidos mediante artificios. Me pregunto si todos los artículos de un Código Civil no pueden considerarse también como un artificio tal vez más poderoso.

En este sentido, cabe elaborar la pregunta subyacente: ¿podemos curarnos de alguna afección leyendo el Código Civil para encontrar lo que Stendhal buscaba? Creo que sí. Textos como los de Miguel Ángel Asturias pueden servirle a los escritores en español —incluso a los escritores del derecho— para conocer la flexibilidad y elasticidad del idioma, lo que es un requisito necesario para aspirar a escribir y comunicar con claridad y efectividad. En este sentido, leer a Asturias ayuda a abastecer el arsenal comunicativo y eso siempre será benéfico no sólo para leer textos redondos y completos como los del Código Civil, sino también para escribirlos. Ésta, en mi opinión, es una razón más para creer en la importancia que la Literatura tiene para la vida cotidiana, esa en donde el Cuco-de-los-Sueños aparece en contratos de letra pequeña, tramposa e imprecisa.



COMPILACIÓN DE ESTUDIOS SOBRE Kelsen  
Y LA TEORÍA Kelseniana



## INTRODUCCIÓN

Gina CHÁVEZ VALLEJO\*

La organización de la mesa redonda “La influencia del positivismo kelseniano en América Latina y el pluralismo jurídico”, propuesta para el VII Congreso y Curso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU), “Un reto para nuestras sociedades: identidades, interculturalidad, pluralismo jurídico y derechos colectivos”, partió de una preocupación básica relacionada con el grado de influencia que mantiene el pensamiento positivista-kelseniano en la doctrina y la práctica del derecho en América Latina, y las posibilidades o limitaciones que tienen los Estados latinoamericanos actuales para revisar las lecturas tradicionales hechas de los postulados kelsenianos en miras a propiciar y garantizar la vigencia material de Estados pluralistas igualitarios, cultural y jurídicamente.

La lectura canónica del positivismo kelseniano continúa vigente como filosofía, ideología, forma de Estado de derecho, práctica jurídica, sistema normativo, metodología y procedimiento legal; no obstante, el Estado de derecho y el derecho mismo han experimentado un sinnúmero de transformaciones tanto por efecto de la globalización actual como por los procesos de transformación social, política y constitucional ocurridos en las últimas décadas en algunos países latinoamericanos.

Podemos sostener, por ejemplo, que ni la construcción de identidades ni el constitucionalismo se construyen y funcionan de la manera como lo hacían hace 30 años; esto hace que, parafraseando a García Canclini, ni las teorías duras y tradicionales ni los modos de aprendizaje de las ciencias sociales, y del derecho en particular, estarían siendo suficientes y adecuados por sí solos, para aprender y comprender las nuevas realidades, lo que nos enfrenta a la necesidad de desarrollar nuevos campos hermenéuticos para entender la realidad actual.

Hasta qué punto podemos seguir sosteniendo las lecturas del positivismo kelseniano en sociedades multiculturales, plurinacionales y garantis-

\* Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica de Ecuador.



tas de derechos sociales, económicos y culturales. Cómo debe reformularse el Estado de derecho y la teoría jurídica para responder a los Estados pluralistas, en general, y al pluralismo jurídico, en particular. Cuál es el papel del derecho en una sociedad plural y qué usos se vienen dando desde la sociedad, y desde los actuales Estados latinoamericanos.

A partir de estas inquietudes básicas, la mesa buscó ser el inicio de una reflexión sobre esta temática, incentivando una discusión inicial sobre algunos de los temas siguientes:

1. ¿Cuál es el rol que desempeña el fondo intelectual “kelseniano” en la argumentación de jueces/tribunales latinoamericanos en el tratamiento de situaciones de pluralidad jurídica y, particularmente, de coexistencia de sistemas jurídicos indígenas?
2. ¿Permite la lógica kelseniana la sistematización del modelo jurídico-pluralista que ha surgido en la realidad constitucional latinoamericana durante las últimas décadas?
3. ¿Cuáles han sido las condiciones históricas en torno al surgimiento del kelsenianismo (ruptura del imperio multiétnico austro-húngaro), y cómo ha sido su aplicación en un contexto bastante diferente latinoamericano?
4. ¿Cuáles han sido los modelos alternativos en la doctrina jurídica-constitucional para explicar la coexistencia de varios sistemas jurídicos (por ejemplo, Eugen Ehrlich, “living law”) y como sería su aplicación en el marco del “nuevo constitucionalismo latinoamericano”?
5. ¿Es viable la aplicación de la lógica kelseniana para analizar los sistemas jurídicos indígenas (sobre todo, después de su desarrollo por codificaciones y aplicación formalizada mediante jurisprudencia)?

Aunque parezca un campo árido de análisis, para quienes tenemos comprometido nuestro accionar profesional con los cambios sociales democráticos resulta imprescindible afrontar un análisis del derecho, desde el derecho, por varias razones: porque el campo del derecho fue tempranamente cooptado por fuerzas conservadoras y hegemónicas; porque tradicionalmente los operadores jurídicos han usado el derecho como mecanismo de detención de los derechos sociales; porque en la actualidad el derecho viene siendo disputado por movimientos sociales que pugnan por democratizar los Estados contemporáneos; porque en el marco de estas luchas se viene sosteniendo un uso emancipatorio del derecho que demanda una redefinición no solo de la teoría jurídica clásica sino también de otras teorías, como la marxista, que solo veían en el derecho una estructura de dominación de clase; en fin, porque el carácter emancipatorio del derecho va de la mano

de una nueva reconceptualización del derecho y, con ello, de una renovación de los estudios jurídicos en esta parte del continente.

La invitación extendida desde la coordinación de la mesa “La influencia del positivismo kelseniano en América Latina y el pluralismo jurídico” pretendió recoger elementos de análisis para indagar mecanismos que superen las barreras que aún impiden la convivencia de los órdenes jurídicos indígenas en el marco de los derechos nacionales de los Estados latinoamericanos. Las respuestas de los colegas miembros de RELAJU no podían ser más acertadas y significativas, lo que amerita compartir ampliamente los trabajos y resultados de la mesa.

De los trabajos presentados y del debate existente en otros contextos académicos, se puede identificar que los retos actuales apuntan a la necesidad de redefinir el concepto de derecho, que dé cabida al pluralismo jurídico, esto es, a otros derechos y sistemas normativos en miras a profundizar la democratización del Estado y de las sociedades latinoamericanas contemporáneas.

Esta reconceptualización del derecho va de la mano con una necesaria revisión del contexto histórico en el que Kelsen desarrolló su teoría; de los aspectos teóricos kelsenianos que son asumidos, adoptados, adaptados y reconceptualizados en Latinoamérica, así como de la utilidad que tienen esas lecturas parciales para consolidar Estados de derecho monistas, positivistas y excluyentes.

Quienes tienen inquietudes en torno a estos asuntos abordan primordialmente dos líneas de análisis teórico-crítico: la primera, enmarcada en una relectura de la teoría kelseniana, poniendo en evidencia aspectos que no fueron tomados en cuenta en el ámbito las lecturas canónicas, oficiales y hegemónicas del Estado de derecho, haciendo que aspectos fundamentales de la teoría queden en el desván de la teoría social. En esta línea están nuestros expositores Jorge Fuentes, Óscar Correas, José Ordóñez y Alejandro Santiago.

La segunda es una línea que apunta a poner en evidencia la trampa positivista para sostener un derecho hegemónico que impide la emergencia de otros derechos y otras justicias, planteando la necesidad de volver a discutir el derecho y la justicia. Esta línea de análisis desempolva el viejo debate entre moral y derecho, así como hace acopio de teorías antiformalistas como la de Robert Alexy sobre los valores y principios del derecho. En esta línea se encuentran Antonio Peña Jumpa, Lucía Nuñuvero y Clarissa Bueno.

En un foro antropológico jurídico interesa esta discusión para indagar los usos oficiales del derecho, los usos contrahegemónicos y contestatarios al interior de los Estados nacionales, y a nivel global los contextos locales

actuales que receptan teorías prestigiosas. Interesa también para proponer a los miembros de RELAJU líneas de estudio orientados a trabajar una redefinición conceptual del derecho y del sistema jurídico, por lo menos en tres sentidos críticos: que recupere aspectos teóricos que fueron olvidados por la TGD y apoyen la vigencia de sistemas jurídicos plurales; que consolide los principios y valores del derecho y la justicia, así como que asuma las necesidades de democratización de la sociedad.

Los aportes de la mesa de discusión son varios. Entre ellos tenemos que:

Peña Jumpa se propone recuperar algunos postulados kelsenianos que apuntan a sostener que no existe la justicia única, sino que coexisten al menos dos justicias: justicia absoluta y justicia relativa. Para Kelsen, la justicia es relativa, la razón humana sólo puede alcanzar valores relativos. El propio ser humano no es único: cambia la razón humana, se confronta con la razón de otros, esta dinámica crea valores mutuos, relativos, de parte de grupos de personas. Puede haber varias justicias, varias soluciones justas; si se satisface a una parte, no se descarta que la otra obtenga una injusticia. La justicia, en este sentido, es relativa. Cualquier solución será justa, dependiendo de las circunstancias. El análisis de la realidad que realiza Kelsen apunta a sostener la división entre justicia y derecho, es decir, entre moral y derecho, base de la teoría pura del derecho, postulado que cierra la posibilidad de que la realidad pueda “contaminar” al derecho.

El mexicano Jorge Fuentes Morúa, en su trabajo titulado “Kelsen: sobre socialismo y democracia”, nos dice que “...el desarrollo inmanente de la democracia...”, presenta un importante análisis de una de las obras olvidadas de Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo* (México, Siglo XXI, 1982).

El análisis de esta obra en el marco de la presente mesa representa un importante aporte a la revisión del contexto en el que se desarrolla la teoría kelseniana, lo que ofrece en la mejor comprensión de dicha teoría, así como en la ubicación del sentido en el que es posible hablar de una teoría pura.

Volver a revisar el contexto en el que Kelsen desarrolla su *Teoría pura* y su *Teoría general del derecho*, nos coloca en una coyuntura histórica de profundas transformaciones en el continente europeo, marcada por varios acontecimientos: por un lado, el derrumbe del imperio austro-húngaro (pluriétnico), del imperio alemán y del imperio ruso (pluriétnico); y, por otro lado, los efectos de la Primera Guerra Mundial, la emergencia de la socialdemocracia en varios países europeos, y la consolidación de la Unión Soviética; eventos fundamentales para comprender la teoría kelseniana.

Fuentes Morúa hace evidente que el ingreso de Kelsen a la polémica sobre la teoría política marxista significa una búsqueda de respuestas frente

a la emergencia del comunismo. Esto puede explicar la importancia que dio a la elaboración de la *Teoría pura del derecho*, que vista desde esta perspectiva representa el intento, bien logrado, de cerrar el paso a la teoría política marxista utilizando el argumento de la pureza y, por ende, de la supremacía del derecho; pues, como sostiene el autor, Kelsen se interesó en destacar la defensa del derecho y del Estado como formas necesarias para la organización democrática de la sociedad, a partir de una crítica que giró en torno de los binomios autocracia y democracia, anarquismo y estatismo.

Otra evidencia importante que coloca Fuentes Morúa se relaciona con el interés que tuvo Kelsen en una concepción pluralista de la política, el derecho y el Estado, considerando aspectos de la coyuntura austriaca. En este sentido, lo más relevante para la mesa representa su posición respecto del reconocimiento de prácticas jurídicas heterogéneas propias de una sociedad pluricultural como fue el imperio zarista, posteriormente la Unión Soviética y ahora lo es la Federación Rusa. Esto es nuevo para quienes nos formamos en la idea de que Kelsen articuló o perfeccionó el monismo jurídico, cuando lo que habría hecho es articular una teoría dura sobre el derecho de base liberal y burguesa, como respuesta al constitucionalismo socialista soviético. Kelsen disputa la democracia parlamentaria y representativa frente a la democracia directa ejercida por los soviets.

El trabajo de Fuentes Morúa lleva a importantes conclusiones como que las críticas de Kelsen al modelo constitucional soviético no trascendieron en los estudios del derecho, sino sólo su *teoría pura y general*, lo que favoreció al uso hegemónico de su teoría.

Para reconstruir los estudios del derecho es necesario tener presente los modos como la recepción de teorías, ideas, se ve afectada por condiciones éticas, morales, científicas, políticas y culturales de los *receptores*. Por tanto, se hace necesario develar que el positivismo kelseniano fue usado para racionalizar emociones y sentimientos adversos a los pueblos indígenas, pero encubiertos con “argumentos kelsenianos”.

Óscar Correas, en su trabajo “¿Kelsen y el pluralismo jurídico?” sostiene la imposibilidad de que en el desarrollo de su teoría, Kelsen hubiese considerado América Latina. Para renovar los estudios del derecho, Correas trabaja en la recuperación —de lo recuperable— del marxismo, y el rescate —de lo rescatable— de la teoría clásica del derecho; dentro de él la teoría de su fundador, Kelsen, quien, bien lo anota, fue un continuador de la filosofía clásica del Estado y el derecho.

Mira en el pensamiento clásico el potencial de ubicar pistas, quitándole su vanidad eurocéntrica, dice, para pensar el pluralismo jurídico y mostrar

que el marxismo sigue siendo la única teoría social plausible entre nosotros, si también se logra quitarle sus rejas burguesas eurocéntricas.

A partir de una reflexión respecto del rol de los conceptos en la formación del pensamiento, recupera uno de los debates más importantes y sostenidos que se han dado respecto del derecho, referente a la división entre derecho y justicia, esto es, entre *ser* y *deber ser*, o lo que es lo mismo, entre moral y derecho. Recuerda que el positivismo jurídico optó por asumir para sí el estudio del derecho como *es*, dejando a la filosofía el estudio del derecho como *debe ser*; lo que significó asumir una posición pretenciosa de ser aplicable a cualquier sistema jurídico que exista o haya existido.

Correas acepta el reto de poner a prueba a la teoría clásica del derecho para analizar el pluralismo jurídico, con la precondition de mejorarla y así alcanzar dicho fin.

Para el autor, el análisis estructural de la norma como *modalizador* de conductas que hace la teoría kelseniana, abre la posibilidad de preguntarse sobre la existencia de normas, en el sentido kelseniano, en comunidades indígenas, así como la posibilidad de modificación de la teoría del derecho para asumir otros sentidos o significaciones respecto de conceptos elaborados en el mundo europeo, como la violencia y otros similares.

Los sistemas normativos pertenecen al mundo de las elaboraciones humanas y no de las cosas, la obediencia de las normas responde a razones ideológicas y no materiales, el derecho del Estado moderno responde a opciones de poder y no de naturaleza humana. El derecho indígena es tal, porque constituye un orden normativo, esto es, un orden jurídico, cuyo contenido de las normas varía del orden jurídico de base occidental capitalista, por lo que no tiene que ver con la calidad del sistema, esto es, con el calificativo peyorativo de “usos y costumbres”. La pretensión del monismo jurídico de declarar inexistente todo sistema jurídico fuera del sistema jurídico del Estado de derecho central, no puede sostenerse a estas alturas y en contextos claramente multi, pluri e interculturales como los países latinoamericanos. Tampoco puede sostenerse la dicotomía superioridad/inferioridad que cataloga a uno como sistema jurídico y a otro como derecho consuetudinario.

Aunque cabe discutirse si en verdad el derecho oficial del Estado no les ha servido de nada a las comunidades indígenas, Correas concluye su reflexión con un contundente razonamiento respecto de que si no se puede hablar de sistemas jurídicos superiores e inferiores, la única forma de relacionamiento entre ordenes jurídicos distintos sería volviendo a la idea originaria de *pacto*, como mecanismo de acuerdo entre iguales.

Kelsen plantea que el derecho estudia el discurso del derecho, cosa distinta a las causas del derecho, esto es la sociología del derecho; a los hechos

que ocurren en el contexto de un derecho determinado; o los efectos del derecho. Los juristas analizan el discurso del derecho; los sociólogos, antropólogos y politólogos trabajan las causas, hechos y efectos del derecho.

En la antropología se habla de permisiones o prohibiciones vigentes en una comunidad, lo que estaría corroborando la teoría del derecho. Con esto, también se estaría evidenciando la existencia de sistema jurídicos indígenas.

El mexicano Alejandro Santiago ve necesario partir cualquier análisis de una ubicación primordial que es considerar que al hablar de Estado no hablamos de una categoría universal y atemporal. No se trata de un Estado en abstracto, esto es, no es una estructura vacía lista para ser llenada, se trata del Estado moderno, racionalista, económicamente capitalista, y positivista.

En este Estado, en la esfera jurídica es en donde se crean las normas o reglas de carácter abstracto-general; sin embargo, no queda claro cuál es la esfera jurídica referida pues el llamado a crear las reglas y normas es un órgano político, no jurídico.

Recuerda el viejo debate de si el Estado y el derecho son dos cosas distintas que se juntan, o si Estado y derecho son la misma cosa. Kelsen sostendrá que son la misma cosa. Muchos autores llegan al mismo postulado a partir de entender que hay sociedad (Estado) porque tienen un derecho, con lo que Estado y derecho son la misma cosa, y no que el Estado asume un derecho positivo. Esta segunda posición abre la posibilidad de entender que sociedades que no son Estado también poseen derecho, es decir, un sistema de orden interno, que incluye el ejercicio jurisdiccional.

El Estado de derecho positivo implica, como sostiene el autor, el uso de la razón como elemento que pone en funcionamiento el sistema. Ninguna decisión se dará sin que medie el ejercicio de la razón práctica, instrumental, de Estado, deductiva, silogística. En tal sentido, el positivismo del Estado de derecho moderno y contemporáneo es racional silogístico.

La peruana Lucía Niñomera sostiene que para abordar un análisis alrededor del pluralismo jurídico y los derechos humanos, se requiere un camino metodológico y deontológico distinto que permita enfrentar la injusticia social y convertir al derecho en un instrumento de desarrollo.

Haciendo un mapa del campo de la hermenéutica se tiene que la ontología del derecho se refiere al ser o esencia del derecho, en donde la *Teoría pura del derecho* representa un mundo abstracto que se eleva por sobre las realidades. Por su parte, la deontología representa la distinción entre el ser y el deber ser. Para la *Teoría general del derecho*, el campo del derecho es el deber ser.

Para la autora, si se liga el derecho con la moral se pueden establecer y asumir fines del Estado, para lo cual se pueden trabajar sobre algunas teorías contemporáneas como las de Hart y su relativismo moral, que tiene al derecho como justo; las de Luhmann y su sociología interpretativa (teoría sociológica del derecho) que mira los derechos indígenas como casos negativos; o las de Boaventura de Sousa Santos, que sostiene la idea de derecho emancipador.

Aboga por una construcción dialéctica y afectiva del derecho y los estudios de sesgos, acudiendo a la filosofía y la sociología, vinculando el ser y el deber ser.

Clarissa Bueno, de Brasil, pone en evidencia la dimensión política del derecho, esto es, como instrumento de legitimación de intereses económicos y políticos.

Considera que aún estamos en el momento en que los pueblos indígenas demandan el reconocimiento de sus derechos y de su condición de pueblos. Alrededor de esto, los puntos de conflicto tienen que ver con la dimensión política del derecho o intereses que marcan el derecho, la imposición de un derecho que no corresponde a las realidades sociales y la legislación asumida por presión de corporaciones e institucionales multinacionales.

Advierte que el sistema económico está muy dependiente del Estado y del derecho, así como aboga por un uso de los derechos colectivos para revertir las injusticias sociales, esto es, como instrumento de resistencia.

Por último, José Ordóñez Cifuentes, de México, plantea la necesidad de trabajar una nueva forma de abordar el estudio del derecho comparado que sólo abordaba el estudio del derecho anglosajón, del derecho continental y, con mucha generosidad, el derecho japonés. El derecho comparado, sostiene el autor, debe incluir el estudio del derecho indígena.

Ordóñez sostiene que el derecho indígena constituye un sistema jurídico, y que las denominaciones de “derecho consuetudinario” y “usos y costumbres” son denominaciones peyorativas de prácticas coloniales externas e internas, descalificadoras.

Nos encontramos, dice el autor, frente a dos ejercicios geométricos jurídicos teórico/prácticos de ver y hacer el derecho: la visión formalista: piramidal normativista kelseniana y la otra, que se funda en una idea circular, en donde el sentido comunitario es mucho más poderoso que el individual. La denominada también visión “nóstrica” del derecho.

El positivismo, en su más alto exponente, no tuvo la connotación homogenizante que luego adquirió en su ingreso en el derecho nacional. La pregunta es, ¿por qué y cómo ocurre esta transformación de la teoría kelseniana en monismo jurídico?

En la recepción nacional de la teoría kelseniana está implícita una lectura incorrecta, suponiendo que hay lecturas incorrectas de teorías, que traslada la idea de que el derecho internacional integra la comunidad jurídica universal compuesta por los ordenes jurídicos estatales, a ámbito nacional, a partir del cual se entiende que el derecho nacional integra los ordenes jurídicos internos del Estado; postulado que no sólo favorece a la unificación del derecho nacional sino también a su hegemonía interna.

La idea de “serie escalonada de diversas zonas normativas” o pirámide, es acogido y aplicado, por el derecho nacional, de manera literal, haciendo de la Constitución, *lex superior*, una norma de referencia general, y colocando toda la fuerza normativa en la ley.

Su reflexión le lleva a concluir que las autoridades indígenas mantienen un sistema estructurado de normas que se transmiten de generación en generación, oralmente, lo que demuestra la existencia del derecho indígena.

Los temas están planteados y los interrogantes identificados. Aspiramos que este primer esfuerzo sea continuado y ampliado en el fructífero espacio de la RELAJU.





## ¿KELSEN Y EL PLURALISMO JURÍDICO?

Óscar CORREAS\*

SUMARIO: I. *Imposible*. II. *La teoría general del derecho*. III. *El pluralismo jurídico*. IV. *El concepto de norma*. V. *El concepto de sistema jurídico. La norma fundante y las ficciones*. VI. *La juricidad*. VII. *El derecho indígena americano y la teoría general del derecho*. VIII. *Lo que la teoría permite observar*.

### I. IMPOSIBLE

Imposible que un profesor europeo nacido en el siglo XIX y formado en el pensamiento clásico —griego y alemán— pudiera visualizar el mundo plural latinoamericano. Incluso si visitó Argentina y México, en cuyos medios filosóficos y jurídicos tampoco existía cosa semejante a tal reconocimiento de la pluralidad. En ambos países la percepción del derecho en las escuelas era —y sigue siendo— la de la Europa ombligo del mundo. La misma de Kelsen, que por eso era tan bien recibido —como poco leído— en una América Latina que se conoce todavía poco a sí misma.

Lo único que se alzaba como respuesta y rebelión era, y es, la antropología. Una ciencia que sigue llevando el pecado de haber sido inaugurada por juristas también educados en la miopía europea. Pecado que tampoco ha sido purgado con una respuesta al eurocentrismo que se basa en una mirada que parece, más bien que autóctona, conducida por el pensamiento estadounidense, el cual, por lo demás, es dominante en la ciencia política contemporánea. Y, por supuesto, la mirada norteamericana reniega —y descarta— de esa parte del pensamiento clásico que es el marxismo. El imperialismo cultural no es un perro muerto. En su negación de la primera antropología, la actual reniega de la teoría del derecho fundada en el pensamiento clásico, tanto como de las propuestas marxistas.

\* Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias y Revista Crítica Jurídica.

Por mi parte creo que es necesario desatar el nudo, recuperar el marxismo y rescatar lo rescatable de la teoría clásica del derecho, cuyo fundador, ni dudarlo, es Kelsen —quien, bien lo dijo—, por lo demás era un continuador de la filosofía clásica del Estado y el derecho.

El objeto de estas líneas es éste: mostrar cómo el pensamiento clásico, demasiado racista, puede ofrecer, si logramos quitarle su vanidad eurocéntrica, las pistas para pensar el pluralismo jurídico. También mostrar que el marxismo sigue siendo la única teoría social plausible para nosotros, si también logramos quitarle sus rejas burguesas eurocéntricas.

## II. LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

¿Qué es una teoría? ¿Y una teoría del derecho? ¿Cuál es su pretensión?

Una teoría, como la jurídica, es un discurso que construye conceptos que serán usados por alguna ciencia. Así, la teoría de la Biología construye el concepto de *célula* que luego será usado por el biólogo para observar, *con sentido*, algún pedazo de la realidad donde descubrirá la existencia de células. No podría “verlas” si no tuviera el concepto preparado por la teoría. Esto lo comprende fácilmente quien haya mirado el hueco de un microscopio por donde se “ven” moverse unas “figuras” que no se puede saber qué son, por falta de una teoría. Y lo mismo le pasaría a algún audaz ciudadano que quisiera saber qué puede hacer para que le paguen una deuda, y tuviera la peregrina idea de abrir el Código Civil en busca de respuesta. Lo más seguro es que terminaría en el despacho de un abogado, prestando debida atención a un discurso que tampoco entenderá. Cosas de la ciencia.

Respecto de la antropología, la pretensión de la teoría del derecho es la misma: si quiere hacerse antropología jurídica se precisa un concepto de “jurídico” —o *derecho*—. Y debe disponerse de él *previamente* al trabajo antropológico. Pensar en una antropología jurídica que no disponga del concepto de derecho es un disparate. La teoría del derecho produce esos conceptos que requiere el antropólogo, y es una teoría muy sólida, muy probada, de bibliografía inmensa. Despreciarla por el hecho de que ha sido producida por juristas y no por sociólogos o antropólogos es otro disparate, ya que dispone de los conceptos básicos necesarios para que se pueda hablar de sociología o antropología jurídicas.

Claro, los juristas han debido retocar la teoría, desarrollarla, hacerla avanzar, para ofrecer nuevos conceptos, como el de *pluralismo jurídico*, suficientes para que puedan ser usados por las ciencias sociales.

La teoría del derecho ha podido desarrollarse sólo a partir de desprenderse de la clásica filosofía del derecho, dedicada a la importante pregunta por la justicia. Tradicionalmente el derecho era visto como objeto propio de la justicia, con todo lo que de apologético tiene un discurso destinado a justificar el Estado, reino o república. Pero la teoría del derecho actual, positivista, se pregunta qué es el derecho, y no cómo debe ser. Y este deslinde le ha valido su éxito: a principios del siglo XXI nadie en su sano juicio confunde esos dos géneros de problemas: los de la justicia y los del derecho *positivo* —el que existe—, porque se obedece por las buenas o se impone por la violencia. Dicho de otra manera: la teoría del derecho dejó para la filosofía el problema más importante, que es el de la justicia, y se quedó con el más rupestre que es el del derecho *tal cual es*. Con ello, el positivismo jurídico, el auténtico, dejó de asegurar que el derecho busca la justicia, y se dedicó a pensar cómo *es*; incluso a pensar cómo es que consigue hacer creer que busca la justicia.

Habría que dejar bien advertido que los teóricos actuales del derecho raramente dejan de pensar en la justicia. Lo único que hay que tener en cuenta, es que son dos preguntas distintas: cómo el derecho *es*, y cómo el derecho *debe ser*. Es la diferencia entre lo dicho y cómo se dice. Y, finalmente, también es cierto que ambas preguntas se condicionan mutuamente. Así, es posible observar que la respuesta a cómo el derecho *es* se relaciona con las ideas que el jurista tenga de cómo *debe ser*. Pero ése es otro tema. Lo que hay que rescatar es que la teoría general del derecho se ocupa de crear conceptos que permiten “ver” cómo *es* el derecho de un país.

“De un país”, no es del todo correcto, pues esta teoría debe también permitir observar el derecho de las comunidades indígenas, de las que no solemos decir que son “un país”. A eso nos dedicaremos más adelante.

La teoría general del derecho, por lo demás, es muy pretenciosa. Promete servir para observar cualquier derecho que exista o haya existido. Y si en Marte hay inteligentes, tendrán derecho y podremos enseñarles cómo se hace para describir sus normas. La pretensión no es menor. Y hay que perder unos minutos en calibrar su grado, pero luego de ello hay que reparar en que si es así tiene que servir para explicar todo fenómeno normativo, incluido el del pluralismo jurídico. El asunto es si lo puede hacer. Si no, no es “general” del derecho. Y habría que arrojarla al canasto de las cosas intrigantes pero inútiles. Lo que propongo es que sí sirve, pero debe ser mejorada.

### III. EL PLURALISMO JURÍDICO

Pero ¿a qué le llamaremos pluralismo jurídico? Y más penoso aún: ¿acaso no necesitaremos la teoría del derecho para definirlo? Si decimos, como

venimos haciendo, que consiste en *la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos que reclaman obediencia —o efectividad— a los mismos individuos*, ¿no acaso estamos usando conceptos que aún no hemos definido, como *sistema, jurídico, efectividad e individuos*? Esto es precisamente en lo que consiste el aporte que la teoría general del derecho puede hacer a la antropología jurídica. Y, haciéndolo, veremos constantemente la sombra de Kelsen, el fundador de la teoría. Intentar, como algunos antropólogos,<sup>1</sup> hacer antropología *jurídica* sin el auxilio de una teoría de lo jurídico es poco científico.

Si no podemos hablar de pluralismo jurídico sin definir antes los conceptos incluidos en la misma denominación del objeto no queda otra vía que ingresar a la teoría del derecho para preguntar cuáles conceptos teóricos pueden usarse para “mirar” el objeto que ha llamado nuestra atención.

#### IV. EL CONCEPTO DE NORMA

Por raro que parezca, los juristas han prestado sus servicios durante siglos sin disponer de un buen concepto de *norma*. Debió llegar la época de la lógica deóntica —datada en 1951— para que las cosas se aclararan y además se hicieran sencillas. Kelsen intentó, con éxito a medias pues era una persona de mucha edad, una teoría general de las normas,<sup>2</sup> no de las jurídicas, sino de todas las normas. Advirtió que, consideradas desde el punto de vista del lenguaje, todas presentaban un “substratum modal indiferente”.<sup>3</sup> Pero hoy se puede decir, más simplemente, que las normas contienen la descripción de alguna conducta. Una descripción que aparece como no modalizada. Por ejemplo, “robar” es la descripción de una conducta.

Además, las normas contienen un *modalizador deóntico*, alguno de los tres más simples: obligatorio, prohibido o permitido. De modo que las normas son enunciados que dicen que alguna conducta, la descrita, está permitida, es obligatoria o queda prohibida. Por ejemplo, “prohibido robar” es una norma, y como tal un enunciado compuesto de dos partes, la descripción de una conducta —“robar”— más un modalizador deóntico, “prohibido” en este caso. Todas las normas tienen esa estructura lingüística. Y la teoría del derecho da por supuesto que en todos los idiomas y en todas las culturas esto es así. No importa la forma gramatical, todo lo que sea norma dice “Op” —es obligatorio producir la conducta “p”—. Y si no tiene gramati-

<sup>1</sup> ¿Quiénes? Todos los que no se han interesado por la teoría del derecho como conocimiento teórico prioritario para hacer antropología jurídica.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 72.

calmente esa forma *puede interpretarse* de manera que, si es norma, adquiriera la forma Op.

La mejor teoría dice, además, que las normas *jurídicas* se presentan siempre en la forma de un condicional: “si alguien produce la conducta q, es, para el juez, Op”, donde p es una sanción violenta. Y los teóricos quieren verlo como un silogismo —o tal vez *quasi* silogismo—:

- Si alguien produce q, es —para el juez— Op (siendo p una sanción violenta).
- Es el caso que el actor A produce q.
- Entonces —para el juez— es Op (obligatorio imponer p a A).

Esto significa que si los antropólogos han de estudiar el derecho de una comunidad indígena deberán buscar, en ese idioma, las expresiones que puedan interpretarse como tal estructura lingüística. Y la pregunta debe ser: las comunidades indígenas ¿disponen de normas jurídicas, esto es, analizables con la estructura silogística apuntada? ¿O tal vez no disponen de sanciones violentas? ¿O tal vez nosotros no las vemos como violentas? Por ejemplo, la sanción que consiste en el escarnio público, pero que no pone mano sobre el cuerpo del sujeto a juicio, ¿es una sanción “violenta”? Posiblemente el estudio antropológico obligue a la teoría del derecho a revisar la idea de *violencia* propia de los sistemas europeos o europeizados. Se trataría de un diálogo fecundo entre antropología y derecho.

## V. EL CONCEPTO DE SISTEMA JURÍDICO. LA NORMA FUNDANTE Y LAS FICCIONES

La teoría del derecho ha llegado a la conclusión de que las normas jurídicas se organizan —o *son organizadas*— en “sistemas”. El derecho, dice, es un conjunto o sistema de normas *jurídicas*, claro. O tal vez: el sistema jurídico está compuesto por normas jurídicas. Lo cual requiere muchas explicaciones, bastante complejas. Por ejemplo, las normas del sistema, ¿lo son por el solo hecho de haber sido producidas por un órgano autorizado? ¿O se requiere que sean, *además*, “efectivas”, es decir, que se cumplan. En el ejemplo dado más arriba, ¿basta con que alguien con autoridad —¿y qué es “autoridad”? — haya dicho que en caso de que suceda “q” es para el juez Op? ¿O se requiere que *efectivamente* los jueces produzcan sentencias que cumplen con el Op? Esta cuestión divide a los profesores de teoría del derecho, aunque percibo que lentamente se va imponiendo la segunda respuesta: para que una norma pueda ser considerada existente es necesario

que alguien la haya producido y *además* que se cumpla —¿por los jueces o por los ciudadanos, asunto también en controversia todavía? —.

Bien; pero ¿qué es un sistema de normas? El asunto es uno de los más delicados. En primer lugar, los sistemas ¿existen *realiter* o son creación de la mente humana? El derecho, ese grupo de normas, ¿es sistema porque es sistema, o es sistema porque lo vemos como un sistema? Esto depende de la filosofía que adoptemos. Como yo adopto la de Hume, creo lo segundo: los sistemas no existen en las cosas —o bien: no sabemos, ni tiene sentido preguntarlo—, sino en los discursos con que hablamos de las cosas —y aquí hay que asumir que las normas no son “cosas”—.

Aceptando la idea de que los sistemas son producto del análisis, del conocimiento —a veces de la intuición—, de la costumbre tal vez, vale la pregunta: ¿qué es lo que hace que un grupo de normas pueda ser visto como un “sistema” —u “orden”— normativo? La respuesta muestra lo inacabado de la teoría jurídica contemporánea, a pesar de sus éxitos, de su seriedad y de su enorme bibliografía. Kelsen, durante su larga vida, ensayó varias respuestas,<sup>4</sup> pero algo mantuvo siempre: el sistema jurídico lo es porque usamos una “norma fundante”. Lo que varió fue la naturaleza de esa famosa norma.

Está claro que los juristas hablan en términos de “pertenencia”. Las normas “pertenecen” —o no— a un sistema jurídico. Esta idea es imprecisa, pues las normas no “pertenecen” sino que “alguien” las *hace pertenecer*, los jueces por ejemplo. Ellos son los que hacen, al usarla, que una norma “pertenezca” al sistema. Esto suele ser dicho también con la palabra “constitucionalidad”: las normas existen o no, o también “las normas son constitucionales o inconstitucionales”. Y eso lo deciden los jueces (¿también en las comunidades indígenas?).

Es decir, todo “sistema jurídico” está coronado por una Constitución, oral o escrita, eso no importa: toda sociedad que dispone de un orden normativo dispone de una Constitución escrita u oral —esto es indiferente—. Las normas, por tanto, pertenecen al sistema y son reconocidas como pertenecientes al mismo, porque los juristas —pero también los ciudadanos no juristas— usan otras normas, las de la Constitución, para pensar que ciertas normas son que “deben” ser obedecidas. La Constitución dice, entre otras cosas, quiénes producirán las futuras normas, cómo procederán para establecerlas, y qué contenido pueden o no pueden expresar. Cuando el juez usa la Constitución para decir que una norma es norma —jurídica—, “hace” que la misma pertenezca al sistema.

<sup>4</sup> Véase Correas, Óscar, “... y la norma fundante se hizo ficción”, *Crítica Jurídica*, México, núm. 18, junio de 2001.

Pero he aquí que Kelsen se saca de la manga una ulterior pregunta: ¿y por qué los jueces y los ciudadanos usan esa Constitución para realizar su cálculo de pertenencia de las normas al sistema? Y responde: porque hay aún otra norma que sostiene todo el edificio laboriosamente construido, es la “norma fundante”, la que todos tenemos en la conciencia —pero no si somos subversivos insurgentes—, y que dice: “es obligatorio conducirse como lo dijo el primer constituyente”.

Esta norma “fundante” ¿quién la produjo?, pues no hay normas venidas del cielo. Kelsen nunca fue claro sobre esto. Nadie la produjo. Es una creación de la ciencia jurídica, pero, ¿no acaso esta norma “fundante” es una que debe ser presupuesta “por todo el mundo”, por todos los que quieran decir que cierta norma “debe” obedecerse por ser constitucional? La teoría del derecho no ha ido más allá de Kelsen. Pero también se ha ocupado poco de que este pensador, formidable, dijo, al final de su vida, que *la norma fundante es una ficción* en la que se finge que hay otro poder que le dio poder al primer constituyente. Y eso nos acerca mucho más al fondo de la cuestión: el problema de la legitimidad del poder. ¿Por qué ha de obedecerse? Y esta pregunta no tiene respuesta clara, lo cierto es que se obedece. Pero ¿cómo el que se hace obedecer consigue que se le obedezca, o sea que el “pueblo”, mayoritariamente, obedezca? (aunque podría hacerse obedecer por servicio del ejército). La respuesta tiene que enfilarse hacia las ideologías de la obediencia. La más importante es la jurídica; la que “finge” que algún ser superior autorizó al primer constituyente a decir cómo serían las cosas en lo sucesivo. Y en verdad que no es un disparate. Porque la más simple de las indagaciones sociológicas muestra que la gente, en efecto, así piensa: la Constitución debe ser obedecida porque es producto “de la razón”, porque un Rómulo la creó, porque un Moisés la recibió de Dios, porque unos héroes independentistas o revolucionarios la impusieron, y con ello “se liberaron” de España, o porque un barquito *Myflower* trajo a los primeros, o porque una revolución destruyó el Estado anterior e impuso éste mucho más justo. O porque los dioses le dijeron al pueblo que su destino estaba en una laguna donde verían algo imposible: una planta de tunas, *nopal* —es más que improbable que alguien haya visto alguna vez un nopal dentro de un lago—, que sostendría a un águila devorando una serpiente. Muy inverosímil para que sea muy bien aceptado.

Respecto a los sistemas formados por normas no escritas —consuetudinarias—, que es el caso de las sociedades indígenas en —lo que nosotros llamamos— América, Kelsen dijo que, en estos casos, la norma fundante dice: “hay que conducirse como siempre se ha hecho”. Es decir, se debe obedecer la Constitución porque siempre se ha obedecido. Y tampoco es un



disparate: cuando se les pregunta a los miembros de una comunidad indígena por qué hay que obedecer *esas* normas, contestan: porque siempre ha sido así, desde los más primeros.<sup>5</sup>

Como se comprende fácilmente, lo que la teoría está diciendo es que las normas jurídicas son obedecidas por causas ideológicas. Es la bien urdida ideología del poder la que hace pensar que el derecho debe ser obedecido. La norma fundante es, finalmente, una urdimbre ideológica, un discurso del poder. Pero su efecto buscado se cumple siempre, o no se tiene el poder: obedecemos o alguien “autorizado” —por el mismo sistema— nos hará obedecer a la fuerza.

Esto es lo que tiene para decir la teoría del derecho: las normas jurídicas valen, deben ser obedecidas porque existe una ideología de reconocimiento. ¿Vale esto para las comunidades indígenas? Sí. La teoría del derecho es apta para conducir la tarea de describir los órdenes normativos indígenas. Las normas de estas comunidades constituyen *sistemas jurídicos* de la misma clase que los usados por el mundo capitalista. Lo que varía es el *contenido* de las normas, no la calidad de “sistemas”. Con lo que rueda por tierra la idea de que los indígenas tienen solamente “usos y costumbres”, expresión peyorativa que no termina de caer en desuso.

## VI. LA JURICIDAD

La teoría del derecho fue formulada, y puesta a punto, por juristas ideológicamente formados en el monismo jurídico: en un país existe el sistema jurídico y cualquier otra norma es “no” jurídica —moral, de trato social, uso, costumbre, el Estado es único y su derecho también.

Esta idea ha caído por tierra para lo más avanzado de la teoría jurídica, pero sigue siendo mayoritaria: los juristas no en vano son funcionarios de un sistema jurídico. Siguen prisioneros del monismo jurídico, y esto les impide ser los conductores de avanzada de la teoría. Y es muy fácil avanzar: sólo es necesario advertir que en una sociedad compleja, como la latinoamericana, hay más de un sistema jurídico. Basta con observar y aplicar la teoría a lo observado. No existe ningún sector de la teoría jurídica que impida “ver” la coexistencia de varios sistemas. La teoría no autoriza a los juristas a negar la existencia de sistemas jurídicos indígenas que coexisten con el sistema al que ellos están acostumbrados —o para la eficacia del cual han sido cuidadosamente ideologizados—.

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, UNAM, 1982, pp. 205 y ss. (este libro fue después adoptado por la editorial mexicana Porrúa).

Y hay un detalle: si hay varios sistemas, ¿por qué uno ha de ser “jurídico” —u “oficial” o “estatal”— y los otros no? La teoría del derecho no dispone de ninguna respuesta a esta pregunta. Plenamente ajena a la teoría, por cierto. Lo que corresponde es excluir la pregunta y aceptar que *ningún sistema es jurídico*. Son, *todos*, sistemas *normativos*. A menos que se consiga una respuesta plausible a la pregunta: ¿por qué el nuestro sí es jurídico y los de los pueblos indios no?

No hay respuesta, ni puede haberla. Todos los sistemas normativos, si lo son, son formalmente iguales y no existe algún poder *jurídico* que autorice a nadie a suponer la superioridad de unos sobre otros. Hay, sí, poder *de hecho*: el poder colonial crea la superioridad, primero de hecho y después de derecho, del sistema colonial sobre el (los) colonizado(s). Y cuando esto sucede y está bien asentado ideológicamente, hasta el colonizado puede llegar a aceptar el hecho colonial. Y, equipado con una mala teoría jurídica, incluso el antropólogo puede terminar hablando de sistemas estatales y sistemas consuetudinarios —o cualquier otra forma de otorgar supremacía ideológica al sistema colonial— como la dupla derecho-usos y costumbres.

Y aquí acaba de aparecer otro detalle. Según la teoría de Kelsen, Estado y derecho son dos palabras para la misma “cosa”. No hay algo como “Estado” más allá del sistema jurídico. Dicho de otra manera, no hay sistema jurídico sin Estado. Siendo así, la existencia de cada sistema jurídico implica la existencia de un Estado, lo cual choca violentamente con toda la parafernalia de las ideologías apologéticas del Estado. En primer lugar, con la de la soberanía, según la cual no hay otro poder o “fuente” del derecho que el único Estado posible. ¿Cómo puede haber entonces pluralismo jurídico? Claro que no. Si se toma esta ideología por alguna especie de teoría, sólo puede haber *un* Estado. Pero lo que descubre la teoría kelseniana es que no hay *un* solo Estado, por más que la propia teoría no se había puesto el problema del coloniaje. O mejor: lo que la teoría permite observar es que, de hecho, existen muchos sistemas normativos para el mismo territorio, los mismos individuos y/o las mismas materias —matrimonios, delitos, intercambios, funcionarios—.

Es decir, el famoso Estado no es otra cosa que un Leviathán armado hasta los dientes, que no tiene ningún fundamento moral. Su fundamento es él mismo, o sea que no dispone de tal excelsa nota. Su único pretexto sería el beneficio común. Si no hay tal, el Estado-derecho existe, sin duda, como discurso, pero no tiene fundamento más allá de sí mismo. Y esto es lo que hace que el derecho de las comunidades indígenas sea moralmente superior al derecho del mundo capitalista, es decir, siendo todos los sistemas normativos formalmente iguales, no existe derecho-Estado alguno que permita de-

cir que uno es jurídicamente superior a otro. La única superioridad posible es la superioridad moral. Y en tal caso el inferior es el nuestro.

Claro que esta última afirmación no es aportada por la teoría del derecho. Ésta se limita a ofrecer conceptos para estudiar cualquier sistema normativo. La calificación ética, la moralidad de los sistemas indígenas frente a la inmoralidad del nuestro no se hace como parte de la descripción de algún sistema en concreto, sino sobre la base de ideas éticas al margen de la teoría jurídica. La inmoralidad de nuestro sistema jurídico sólo puede jugarse a partir de concebir la inmoralidad de la propiedad privada de los medios de producción, señaladamente la de la tierra, y advirtiendo que hablamos de sociedades donde la mayoría de la población es pobre, está enferma o es ignorante. Esto es importante porque el *jusnaturalismo* piensa que el derecho es moral porque tiende al bien común, y si no tiende no es derecho. Por el contrario, la teoría jurídica contemporánea es plenamente positivista: existe el derecho que existe, el cual sirve para ejercer el poder. Su moralidad o inmoralidad no impide que sea derecho positivo. Y hasta aquí la teoría. Más allá, la teoría es inservible, no tiene nada qué decir en términos morales, cuando mucho, restándole todo fundamento extralegal al derecho, deja al descubierto las entrañas sangrientas del Estado, lo cual genera simpatía o antipatía que se traduce en juicios éticos: a algunos les encanta el Estado sea cual fuera su contenido, y a otros les repugna la esencia de su función social.

## VII. EL DERECHO INDÍGENA AMERICANO Y LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Luego de todo lo anterior, cabe la pregunta ¿qué ha aportado la teoría jurídica de molde kelseniano al estudio del derecho indígena americano? Todo y nada. Nada porque no ha tenido significación alguna para la vida de las comunidades. Y todo porque devuelve las cosas a su lugar: todos son sistemas jurídicos —normativos, mejor— con el mismo rango de existencia. Ninguno es superior a otro. No jurídicamente hablando, aunque el nuestro es inferior en términos morales.

La teoría, hasta ahora, final de la primera década del siglo XXI no les ha servido de nada a las comunidades porque *es teoría* formulada al margen de la práctica de los abogados. Y lo que pasa, extrañamente, es que la teoría jurídica no ha triunfado sobre las ideologías al uso entre los juristas y en las escuelas de leyes. No sé si hay otros ejemplos tan lamentables en que las ideologías superen a las teorías en los propios ambientes universitarios, y lo más grave es que muchos antropólogos y sociólogos recurren a las ideologías

jurídicas para intentar sus ciencias, lo cual no puede conducir sino a desencuentros, disparates o ingenuidades. Tan fuertes son las ideologías jurídicas.

### VIII. LO QUE LA TEORÍA PERMITE OBSERVAR

Interesa, entre otras muchas cosas, reflexionar sobre una de las consecuencias más grávidas de la teoría. Si los sistemas normativos son todos iguales formalmente, ¿cómo es que uno pretende “reconocer” a otros? ¿Quién le habría dado el derecho a reconocer? Nadie. No hay tal actor social tan moral o jurídicamente prestigiado.

En su lucha, los indígenas han recurrido al derecho internacional, pero todos sabemos que la ONU es prisionera de los cinco grandes —aunque ahora hay los siete, los veinte y más—. Y sabemos que los Estados están bien pertrechados en la ideología de la soberanía que impide una eficacia auténtica del derecho internacional. Y sus agentes, también pertrechados con el “reconocimiento oficial”, ocupan los puestos claves. Piénsese en la OIT, donde, si la voz cantante la tienen los sindicatos —que no los trabajadores—, el voto decisivo es el del representante del estado —que generalmente vota con los patrones—.

Es decir, no hay un actor social que tenga el derecho de acordar a algún sistema normativo, derecho a reconocer la existencia de otro. Y mucho menos en América, donde los sistemas indígenas son anteriores a los sistemas “patrios”, es decir, los herederos de España, Portugal y algún otro pirata menor. Y si no existe tal derecho a reconocer, ¿cómo se ha llegado a creer que la “solución” es el re-conocimiento de las autonomías? Jamás habrá solución si ésta es imaginada como una relación en la cual un superior reconoce al inferior su derecho a existir, y con cortapisas además. La teoría jurídica muestra que si de solución política y de justicia también se trata, hay que pensar en la idea originaria del *pacto*. El Estado hegemónico tiene que aceptar al otro como igual, y *pactar*, punto por punto, derecho por derecho, y un pacto con cada sistema normativo que tenga al frente. Tarea larga y costosa, pero la única que puede deshacer el nudo colonial.



KELSEN: SOBRE SOCIALISMO Y DEMOCRACIA  
“...EL DESARROLLO INMANENTE DE LA DEMOCRACIA...”

Jorge FUENTES MORÚA\*

SUMARIO: I. *Preliminar*. II. *Socialdemocracia: Estado y derecho*. III. *Pluralismo político*. IV. *Pluralismo jurídico*. V. *La crítica a la teoría bolchevique*. VI. *Reflexión final*. VII. *Bibliografía*.

I. PRELIMINAR

Este escrito desarrolla su argumentación a propósito de la obra de Hans Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*. La primera edición de esta obra apareció en 1920 y el “Prefacio” a la segunda edición está fechado por el autor, en Viena, junio de 1923. Para la exposición de esta presentación se emplea, hasta donde se sabe, la primera traducción del idioma alemán al castellano de la segunda edición de esta obra, versión realizada por Alfonso García Ruiz, al cuidado de José Aricó y publicada por la editorial Siglo XXI, Biblioteca del Pensamiento Socialista, México, 1982. Conviene anotar que esta traducción se encuentra precedida por un estudio de Roberto Racinaro, publicado originalmente en lengua italiana, en Bari, 1978. Racinaro explica eruditamente la relevancia de esta obra kelseniana, tanto durante la coyuntura del influjo notable del austromarxismo, como en la articulada a partir del triunfo de los bolcheviques, sin omitir su preocupación por subrayar la relevancia de este texto kelseniano en Europa occidental, después de la Segunda Guerra Mundial, particularmente en el ámbito de los intelectuales italianos y los de expresión en lengua alemana, por lo menos hasta finales de la década de los años setenta cuando este germanista italiano terminó su escrito: “Hans Kelsen y el debate sobre democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta”.

\* Profesor-Investigador del Departamento de Sociología, Ciencia Política, UAM-Iztapalapa.

En esa exposición examina cuidadosamente la obra de Kelsen, *Socialismo y Estado. Una investigación...* En consecuencia, se usa el texto de Racinaro y también se ha empleado para la escritura de esta ponencia el trabajo de Hans Kelsen, *Marx o Lassalle. Cambios en la teoría política del marxismo*, de 1924, cuya traducción de la lengua alemana a la castellana ha sido incluida como apéndice de *Socialismo y Estado...* La primera edición de este opúsculo data de 1924 y, como *Socialismo y Estado...* (1923), fue editada en Leipzig. Los editores en lengua castellana de estas obras de Kelsen explican que en 1965 el libro *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, logró la tercera edición, en idioma alemán.

La segunda edición de la obra en comento, incluye densas y numerosas notas a pie de página donde Kelsen expone enérgicamente sus argumentos rebatiendo las críticas que había merecido la primera edición de su obra, formuladas por dos de los grandes intelectuales del austromarxismo: Max Adler<sup>1</sup> y Otto Bauer, pues ellos habían cuestionado las tesis kelsenianas formuladas en *Socialismo y Estado...* Kelsen escribió este trabajo en una coyuntura histórica inédita, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. El derrumbe del imperio austro-húngaro (pluriétnico), del imperio alemán y del imperio ruso (pluriétnico), dieron por resultado un cambio histórico hasta ese momento desconocido: el movimiento obrero ocupó posiciones políticas como no lo había logrado antes del estallido y desenlace de la Primera Guerra Mundial. En Austria y Alemania, los partidos socialdemócratas lo-

<sup>1</sup> Con la finalidad de presentar un pasaje característico de la discusión de Kelsen con Max Adler, se transcriben las siguientes líneas: “Max Adler piensa que, en la sociedad anarquista del futuro, la constricción se convertirá ‘de función de dominio en una medida de utilidad’... como si no lo fuera ya en la actualidad sólo que Max Adler no aprueba su ‘finalidad’ y —ya que la constricción será necesaria también en el futuro— de todos modos no será aprobada tampoco en la sociedad del futuro, al menos por parte de aquellos contra los que podrá dirigirse posiblemente. ¡Pero se equivocarán, ya que la finalidad de la constricción será entonces absolutamente buena! ¡Qué ingenuo absolutismo, qué ingenua metafísica del anarco-comunismo! Sólo que se tiene obviamente una contradicción dentro de la contradicción cuando Max Adler —al que aparentemente esta constricción ‘útil’ no le place— añade que la constricción ‘se limitará al mínimo de la necesidad’, en la medida en que se convierte en una regla de utilidad. ¿Para qué entonces esto, si ella sólo sirve para la consolidación del ordenamiento comunista? Es comprensible que se limite lo más posible la constricción, para realizar un ordenamiento injusto. Pero, ¿en el caso de un ordenamiento *justo*, *absolutamente* justo, ante el cual la constricción ya no se considera como tal? ¡Pero cómo hay que imaginarse esta ‘constricción’, si Adler, por otra parte, declara nuevamente que esta constricción, a pesar de que se basa en la ‘voluntad consciente y congruente de *todos* los miembros de la comunidad, liberados de oposiciones económicas... seguirá siendo *formalmente* una *constricción* para aquel contra el que actúa’...!”. Max Adler citado por Kelsen, Hans, *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, México, Siglo XXI, 1982, p. 269.

graron consolidar lugares muy relevantes en sus respectivos parlamentos y en algunos lugares de la administración pública. En Hungría se instaló una República Consejista de fugaz duración. En tanto el imperio zarista fue demolido y en su lugar surgió la Unión Soviética bajo el influjo definitivo de los bolcheviques. Este cambio de época motivó una intensa y muy notable producción de investigaciones, congresos, artículos científicos y libros sobre la teoría política marxista, misma que había sido arrojada por el cambio de época histórica del mundo de las ideas, programas, proclamas y conceptualizaciones, al mundo de la realidad, es decir, al de la política empírica.

## II. SOCIALDEMOCRACIA: ESTADO Y DERECHO

En tal contexto histórico, Kelsen ingresó a la polémica sobre la teoría política marxista, así explicó en el “Prefacio a la segunda edición” el sentido de su participación en la discusión sobre la teoría política marxista. Evoquemos las palabras del antiguo profesor de la Universidad de Viena:

Precisamente por la polémica, a la que fui arrastrado con uno de los más importantes representantes del socialismo científico, es importante para mí afirmar, con toda energía, que mi escrito no se dirige contra el socialismo. Yo sólo me enfrento críticamente con el *marxismo* y, dentro de él, sólo con su *teoría política*. Lo que está en discusión no es la idea socialista, sino sólo la posibilidad, sostenida por el marxismo, de una realización a-estatal del mismo. Se debe dar una solución al conflicto, que aflora siempre de nuevo, y no sólo en el ámbito del socialismo, entre *anarquismo* y *estatismo* [*Etatismus*]. Y además, al problema tan importante tanto para el socialismo como para cualquier teoría política, de la oposición entre *autocracia* y *democracia*.<sup>2</sup>

Kelsen estableció los límites de sus críticas, pues en ciertos pasajes, tal vez por la enjundia de las mismas, pudiera sugerir una postura antisocialista. No fue así. En consecuencia lo que le interesó destacar fue la defensa del derecho y el Estado como formas necesarias para la organización democrática de la sociedad. Por lo tanto, examinó incisivamente las obras más relevantes de Marx, Engels, las de los teóricos socialdemócratas y bolcheviques. Los ejes conceptuales de sus críticas giraron en torno de los binomios *autocracia y democracia* y *anarquismo y estatismo*. Examinó cuidadosamente el *Manifiesto comunista*, desentrañó la teoría política contenida en los escritos de Marx y Engels. Expuso cómo los escritos sobre la teoría del partido de la

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 177.



socialdemocracia alemana contenían los elementos necesarios para derivar una teoría sobre el Estado que lejos de proponer su extinción terminaban por argumentar la necesaria consolidación del Estado. Para ello se ocupó de los trabajos de Kautsky, Bebel, Plejánov, Bernstein, Pannekoek y Renner. Sólo se transcribe un pequeño pasaje de las ideas de Kautsky, considerado por Kelsen:

Kausky niega la posibilidad “de disolver la función estatal de los funcionarios” después de la victoria de la revolución proletaria, destruye la ilusión de poder renunciar a un aparato administrativo, y se remite a la necesidad de los ministerios de la educación, de las finanzas, de la justicia y de la guerra y hasta afirma directamente la probabilidad de una ampliación de las funciones administrativas.<sup>3</sup>

Llegó a la conclusión de que los grandes teóricos de la socialdemocracia alemana y austriaca mantenían una postura dinámica frente a la problemática del derecho y el Estado. Tal movimiento conceptual se vio acelerado a raíz del ascenso de los bolcheviques al poder en la reciente entidad política: la Unión Soviética. La nueva República Consiliar, lejos de propiciar en el seno de la socialdemocracia posturas sobre la disolución del derecho y el Estado, originaron una posición inclinada hacia el socialismo de Estado. Debido a esta circunstancia Kelsen se abocó al examen de las propuestas de Ferdinand Lassalle, quien desde el siglo XIX había argumentado sobre la necesidad de construir el socialismo desde el Estado: socialismo de Estado. Con esta conclusión, Kelsen logró defender su idea sobre la permanencia del Estado y del derecho, legítimándola a partir de la localización de los elementos legalistas y estatistas, en la vasta obra de los marxistas socialdemócratas ya mencionados.

Lo cierto es que Kelsen mostró vivo interés en una concepción pluralista de la política, el derecho y el Estado al considerar aspectos de la coyuntura austriaca:

Como es falso también caracterizar un Estado de democracia o autocracia, porque una legislación democrática puede encontrarse junto con un Ejecutivo autocrático, y las diversas funciones del Estado pueden estar sujetas a diversos principios organizativos, del mismo modo que una Constitución democrática significa la posibilidad de que en los distintos Estados puedan llegar al dominio diversos partidos y, en consecuencia, también diversas “clases”. El prime-

<sup>3</sup> *Ibidem*, pp. 287 y 288. De este modo Kelsen buscó pasajes en la obras de los teóricos socialdemócratas donde expresaran la sobrevivencia y la necesidad del Estado.

ro en llegar al gobierno en las comunidades... cuyas instituciones representan las democracias más antiguas, fue también el Partido Socialista, como partido del proletariado, en tanto que el gobierno del Estado y la mayoría parlamentaria estaba todavía sólidamente en manos de la burguesía. En el Estado federal, precisamente, se puso de manifiesto de una manera particularmente clara esta relación, cuando diversos partidos y también diversos estratos de la población consolidaron su gobierno en los distintos Estados miembros y en el Estado supremo. Cuando, por ejemplo, Viena, el territorio federal más grande y más importante desde el punto de vista económico de Austria, estuvo, junto con su Parlamento, cuya mayoría de dos tercios era socialdemócrata, bajo un gobierno meramente “proletario” y desarrolló conscientemente y con éxito una política financiera y de previsión social socialista, en tanto que el gobierno federal puramente burgués y basado en una mayoría burguesa se vio obstaculizado a cada paso en el Consejo Nacional por el poder de los sindicatos y por el ejército orientado en un sentido absolutamente socialdemócrata, ¿su Estado puede caracterizarse como un comité ejecutivo de la clase capitalista? Para no hablar del caso en que el gobierno central representa también una coalición entre los partidos burgueses y los partidos proletarios...<sup>4</sup>

Con razonamientos como éste, Kelsen cuestionó una interpretación monista del Estado.

### III. PLURALISMO POLÍTICO

El pluralismo político es una postura, teórica y política, que tiene entre sus intereses el de limitar el poder del Estado centralista. Por ello se opone a la tendencia de concentración y unificación del poder. Si bien es cierto que la doctrina liberal de la división de poderes busca fragmentar el poder absoluto, tan hipotético como histórico, lo lleva a cabo desde una perspectiva vertical. Por su parte, el pluralismo político pretende una división del poder horizontal y no vertical. Kung Chuan-hsiao adelantó esta caracterización del Estado pluralista:

El Estado pluralista es simplemente un estado en el cual no existe una fuente de autoridad única que es omnicompetente y omnicompreensiva, es decir la soberanía; no existe un sistema unificado de derecho ni un órgano central de administración, ni una voluntad política general. Por el contrario, hay una multiplicidad en su esencia y en sus manifestaciones; es divisible en partes y debe ser dividido.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> *Ibidem*, pp. 373 y 374.

<sup>5</sup> Chuan-Hsiao, Kung, *Political Pluralism. A Study in Contemporary Political Theory*, citado por Bobbio, N. y Matteucci, N., *Diccionario de política*, México, Siglo XXI, L-Z, p. 1210.

Bobbio explicó que el pluralismo político es compatible con la doctrina constitucionalista, pues es articulable la división de poderes vertical con la división de poderes horizontal; además, compatible con la doctrina liberal en lo que se refiere a la limitación de la injerencia estatal, pues este acotamiento es necesario para el crecimiento y desarrollo de grupos de poder distintos del Estado; el pluralismo político coincide con la doctrina democrática porque a las dos les preocupa el autoritarismo y el estatismo.<sup>6</sup>

El pluralismo político se distingue del liberalismo en tanto lo cuestiona por su postura individualista, para el planteamiento pluralista es indispensable la práctica de la democracia participativa; mediante ésta se conforman las comunidades horizontales, vía necesaria para combatir distintos aspectos del centralismo estatista.

#### IV. PLURALISMO JURÍDICO

Existen diversas vías para explicar el resurgimiento del pluralismo jurídico, al menos en América Latina. Es verdad que notables antropólogos estudiaron sociedades dotadas de reglas y prácticas jurídicas, a pesar de no contar con Estado, también es cierto que durante el proceso de colonización hispánico en algunos lugares se establecieron ciertas formas de pluralismo jurídico, por ejemplo en la Nueva España el reconocimiento de algunas autoridades indígenas. Sin embargo, lo que ha colocado en la mesa de discusión durante las últimas décadas la problemática del pluralismo jurídico es el permanente ascenso del movimiento indígena latinoamericano. Para sólo mencionar algunos países ejemplares por la lucha de sus pueblos originarios: Bolivia, Chile, Argentina, Ecuador, México, etcétera. En consecuencia, el principal factor explicativo de la discusión contemporánea sobre el pluralismo jurídico es la lucha de los mapuches en Chile; aymaras y quechuas, en Bolivia; guaraníes en Paraguay, los pueblos mayenses del sureste mexicano; raramuris, yaquis, en el noroeste mexicano; la lista es interminable. Este abigarrado sujeto histórico en proceso de consolidación es quien ha ubicado en el corazón de la polémica la problemática del pluralismo jurídico, pues sus demandas democráticas y reclamos justicieros, todos sin excepción, han expuesto críticamente el centralismo y el estatismo gubernamental, reforzado ahora por los intereses de los grandes inversionistas nacionales y extranjeros; así sea esta afirmación tan sólo válida para México, que es el país al cual conozco.

<sup>6</sup> Bobbio, N., "Pluralismo", *Diccionario...*, *cit.*, pp. 1209 y 1210.

Conviene mencionar algunas perspectivas sobre el pluralismo jurídico. Raquel Irigoyen lo define del modo siguiente:

...existencia simultánea —dentro del mismo espacio de un Estado— de diversos sistemas de regularización social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, técnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales.<sup>7</sup>

Por otra parte, José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes anota la opinión de Boaventura de Sousa Santos sobre algunas circunstancias donde se manifiesta el pluralismo jurídico:

- a) Una situación colonial, por la coexistencia del derecho impuesto y el derecho nativo.
- b) La presencia del derecho oficial y sistemas jurídicos indígenas.
- c) Situaciones revolucionarias o de modernización que generan presencia simultánea de sistemas.
- d) Sociedades modernas con grupos que crean su propia legalidad para-estatal: grupos excluidos: pobres, habitantes de barrios marginales, etcétera.
- e) Ciertos grupos con poder económico: grupos con alguna característica común: religiosa, cultural, racial, territorial, gremial, etcétera.
- f) Regulaciones de carácter transnacional que se superponen a las nacionales...<sup>8</sup>

El derecho constituye la armazón, la estructura, la nervadura del Estado. Si el pluralismo político está interesado en impulsar una sociedad más horizontal y menos centralizada, más participativa, entonces la relación jurídica deberá estar distante del centralismo jurídico, aceptando la existencia de diversos lugares productores de reglas y normas jurídicas, construyéndose de este modo diversas relaciones jurídicas que mediante formas de homologación propicien una organización más próxima a expresiones autogestionarias.

<sup>7</sup> Raquel Irigoyen, citada por Francisco López Bárcenas, “Ensayo sobre la ceguera... jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los *ñuú savi*”, en Correas, Óscar (coord.), *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, UNAM, 2007, p. 85.

<sup>8</sup> Boaventura de Sousa, Santos, citado en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Derecho indígena en Mesoamérica*, Guatemala-México, maestría en etnicidad, etnodesarrollo y derecho indígena, 2007, pp. 123 y 124.

## V. LA CRÍTICA A LA TEORÍA BOLCHEVIQUE<sup>9</sup>

En la segunda década del siglo XX ocurrieron dos grandes procesos revolucionarios, el primero en América Latina, en México, el segundo en Rusia, la Revolución de Octubre, la cual ocasionó la demolición del imperio zarista. Probablemente este acontecimiento histórico originó una de las mayores modificaciones a las relaciones de propiedad, las relaciones de poder y a la misma estructura estatal y gubernamental. Como se sabe, fue abolida la monarquía inaugurándose el régimen soviético. Estas transformaciones numerosas en una nación tan extensa geográficamente y con una composición pluriétnica determinada por su naturaleza euroasiática significaron una intensa actividad para el Estado soviético, pues debió emprender una compleja tarea constitucional y administrativa con la finalidad de definir la organización del Estado soviético, esta coyuntura originó la coexistencia por lo menos de cuatro tipos de ordenamientos legales, a saber:

1. Supervivencia de aspectos de la normatividad existente durante la Rusia zarista.
2. La nueva legalidad fundada en la nueva Constitución soviética.
3. Reglas y prácticas jurídicas surgidas al calor del ascenso de las masas populares, por ejemplo, elecciones de autoridades.
4. Reglas y prácticas jurídicas originadas en sociedades religiosas y en antiguas estructuras agrarias.

Este conjunto polifacético de disposiciones jurídicas y políticas crearon una coyuntura próxima al pluralismo jurídico. En este trabajo se incluyen las ideas de Boaventura de Sousa sobre aquellas condiciones donde se manifiesta el pluralismo jurídico. Escribió el jurista portugués: "Situaciones revolucionarias o de modernización que generan presencia simultánea de sistemas". La discusión que sostiene Kelsen en torno a las transformaciones jurídicas en la Rusia soviética pone de manifiesto que está analizando una coyuntura jurídica heterogénea sujeta a un proceso de homogenización articulada por la política bolchevique. Frente a este proceso, Kelsen exige el reconocimiento de entidades que tienen prácticas jurídicas distintas con el propósito de que alcancen cierta igualdad sin necesidad de cancelar su propia especificidad. Kelsen sostuvo que:

En Rusia, la lógica de los hechos —y no la teoría del marxismo— obligó a la dictadura del proletariado a un riguroso rechazo de la democracia y a

<sup>9</sup> El autor de este texto no suscribe todos los juicios críticos del ilustre profesor vienés, sobre la teoría y práctica bolcheviques. Sin embargo, es necesario reconocer el notable valor metodológico de estos juicios.

la adopción de una forma estatal *aristocrática*, si así puede caracterizarse la *Constitución soviética*, que, con su sistema de los consejos obreros, ejerció un poderoso influjo en toda la ideología del movimiento socialista incluso en los demás Estados.<sup>10</sup>

De este modo caracterizó la esencia de la Constitución soviética, cuyo influjo ideológico se debió a su fundamento: los consejos obreros. Según Kelsen, gradualmente los epígonos de Lenin dejaron de lado la terminología democrática desapareciendo figuras como república parlamentaria o república democrática, defendiendo la nueva forma de Estado caracterizado por la vigencia del poder de los consejos, de los diputados obreros, campesinos y soldados.<sup>11</sup> El examen kelseniano de algunos escritos de Trotski explica cómo el fundador del Ejército Rojo consideró que la pesada maquinaria propia de las instituciones democráticas, no puede servir a la lucha de clases sobre todo en un país extenso que puede caracterizarse por el atraso técnico.<sup>12</sup>

Según la lectura de Kelsen, otra figura señera del bolchevismo, Radek, afirmó: el gobierno de los consejos no es una forma estatal democrática, es la forma del gobierno obrero.<sup>13</sup> En consecuencia, la democracia parlamentaria es la expresión del dominio burgués, del capital.

Para Kelsen, Bujarin planteó cómo la diferencia entre la República parlamentaria y la República de los consejos, es que en esta última

...las clases que no trabajan no tienen ningún derecho a voto y no toman parte alguna en la dominación del Estado. Los soviets dominan al país. Estos consejos están elegidos por el pueblo trabajador en los lugares donde se trabaja: en las fábricas, en los talleres, en las minas y en las aldeas. La burguesía, los antiguos propietarios, terratenientes, los banqueros, los comerciantes, los especuladores, los mercaderes, los tenderos, los intelectuales burgueses, los sacerdotes, los obispos, en una palabra, toda la banda negra, no tiene derecho a votar, ningún derecho político fundamental, ante todo, no tiene ninguna libertad de prensa, de formar ligas y de asambleas. Vemos que es necesario un atentado contra la libertad frente a los adversarios de la Revolución. En la Revolución no puede haber libertad alguna para los enemigos del pueblo y la Revolución... El Partido Comunista no reclama libertad alguna (de prensa, de palabra, de reunión y de asociación) para los *enemigos del pueblo*, para los burgueses. Al contrario, pide que se esté siempre listo para suspender la

<sup>10</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 326.

<sup>11</sup> Bujarin, N., *El programa de los bolcheviques*, citado por Kelsen, *op. cit.*, p. 326.

<sup>12</sup> Trotski, L., citado por Kelsen, pp. 326 y 327.

<sup>13</sup> Radek, K., citado por Kelsen, p. 327.

prensa burguesa, para disolver sus asociaciones, para prohibirles mentir, calumniar y sembrar el pánico, y también que se esté listo para oprimir sin la menor piedad toda tentativa de volver al poder. Concluye Kelsen que éstos son los rasgos que configuran la *dictadura del proletariado*.<sup>14</sup>

Kelsen señaló con índice de fuego la limitación de los derechos políticos en la Constitución soviética, creada por el partido de los bolcheviques y puesta en práctica por el gobierno de este partido. No obstante, Kelsen reconoció que la Constitución Consiliar implicó una ampliación totalmente extraordinaria de la universalidad de los derechos políticos en cuanto éstos son garantizados por el Estado tanto a los ciudadanos soviéticos como a los extranjeros que viven en Rusia por motivos de trabajo. Tales derechos, explica, se encuentran en el inciso 20, sección II de la Constitución soviética.<sup>15</sup>

Por otra parte, Kelsen añade que las limitaciones del principio democrático son significativas, pues de acuerdo con la *Declaración de los derechos del pueblo activo*, de julio de 1918 (sección I de la Constitución), se permite el armamento a obreros y campesinos pero no a las clases poseedoras; analizó otras normas discriminatorias.

...en la sección IV (derecho electoral activo y pasivo) se excluyen muchas categorías de personas del derecho electoral, activo y pasivo en los soviets, personas a las que no se les puede negar el carácter de personas “activas”: 1) personas que toman un trabajo a destajo para lograr una ganancia mayor; 2) personas que tienen una entrada sin trabajar como: porcentajes del capital, entradas de la propiedad, etc.; 3) comerciantes privados, intermediarios comerciales; 4) empleados de las comunidades culturales religiosas; 5) empleados y agentes de la antigua policía, del cuerpo de gendarmería y de la *ojrana*; y así también los miembros de la dinastía que gobernaba anteriormente en Rusia; 6) personas que son declaradas legalmente dementes o intelectualmente minusválidas, e igualmente los sordomudos; 7) personas que han sido condenadas a causa de transgresiones egoístas o deshonorosas.<sup>16</sup>

Kelsen, después de un análisis exhaustivo de cada uno de estos incisos, cuestionó el carácter excluyente de la normatividad soviética argumentando

<sup>14</sup> Bujarin, N., citado por Kelsen en *Socialismo y Estado...*, pp. 327 y 328.

<sup>15</sup> “Desde cierto punto de vista, la Constitución soviética significa ciertamente una ampliación totalmente extraordinaria de la *universalidad* de los derechos políticos, en cuanto éstos son garantizados no sólo a los ciudadanos por el Estado, sino, de acuerdo con el inciso 20, sección II, les están garantizados a todos los *extranjeros* que viven en Rusia por motivos de trabajo. Éste es un acto de *importancia histórico-universal* y un fuerte paso hacia la realización política del concepto —absolutamente democrático— de humanidad”, *ibidem*, p. 328.

<sup>16</sup> Kelsen, *op. cit.*, pp. 328 y 329

que ésta desconocía prácticas socialmente valiosas. Además, quienes emprendían y mantenían estas actividades no eran necesariamente responsables de hacerlo y estaba fuera de su alcance integrar sus actividades a la normatividad consiliar. Asimismo, cuestionó el modo como la normatividad soviética estigmatizaba a los burgueses y peor aún a quienes habían sido burgueses. Explica Kelsen que esta estigmatización es semejante a la que padecen los negros o los mongoles, pues éstos no pueden dejar de serlo.

Kelsen ponía en duda la validez de noticias periodísticas sobre la coyuntura de la Rusia revolucionaria, por ello prefirió ocuparse del análisis de otro documento que él denominó oficioso como *Tesis sobre la Revolución socialista y las tareas del proletariado durante su dictadura en Rusia*.<sup>17</sup> Kelsen examinó meticulosamente estas tesis para demostrar la naturaleza dictatorial de las mismas, pues reiteró su análisis sobre el carácter minoritario de la dictadura del proletariado, dado que el proletariado industrial constituía la minoría de la población en Rusia. En síntesis:

... La ventaja de la mayor capacidad de adaptación compensa tal vez la desventaja que consiste sin duda en el hecho de que la voluntad original del pueblo, constituida en las empresas, no desemboca directamente sino sólo en forma fraccionada (tal vez directamente de muchas maneras), en el Parlamento del Congreso de los Consejos, en el que debe penetrar a través de varias agrupaciones de cuerpos representativos acumulados piramidalmente uno sobre otro —los consejos de las empresas individuales, de las circunscripciones, de los territorios— para poder desarrollarse activamente tanto desde el punto de vista legislativo como desde el administrativo. Por lo tanto esta especie de mediación no es de ningún modo inconciliable con la democracia, o sea, con la universalidad e igualdad de los derechos políticos y con el dominio exclusivo del principio de mayoría. La Constitución Consiliar es la negación de la democracia no por el hecho de que su Parlamento se realice por medio de elecciones indirectas por parte de las empresas, sino porque su fundamento, el derecho político de los ciudadanos, es esencialmente limitado y desigual...<sup>18</sup>

También criticó la normatividad electoral por inequitativa; de este modo recurrió a la crítica al Estado de derecho a partir no de razonamientos estrictamente jurídicos, sino a partir de otros de carácter histórico y axiológico. Desarrolló su crítica a partir de la comparación de la democracia consiliar con la democracia constitucional representativa. De esta forma introdujo categorías históricas y valoraciones de naturaleza constitucional

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 331.

<sup>18</sup> Kelsen, pp. 337 y 338



y administrativa. Todo para oponer a los hechos jurídicos (Constitución soviética) un deber histórico-jurídico. De ahí cuestionó la inequidad electoral que afectó a los campesinos y benefició a los obreros.<sup>19</sup>

A pesar de la crítica que hace Kelsen a la Constitución Consiliar y a las referidas *Tesis sobre la Revolución socialista y las tareas del proletariado durante su dictadura en Rusia*, anotó el siguiente planteamiento de Lenin: “que desaparecen todas las formalidades y restricciones burocráticas en las elecciones: las propias masas determinan las normas y el plazo de las elecciones...”.<sup>20</sup> Este pasaje expresa una de las contradicciones de la nueva legislación consiliar, señaladas por Kelsen. Para los propósitos de este escrito, conviene anotar que en este texto Lenin se encuentra muy distante de la rigidez imputada a la Constitución Consiliar tan denunciada por Kelsen; en lugar de ella, Lenin reconoce la iniciativa de las masas y la posibilidad de que ellas mismas decidan sus procedimientos electorales *autónomamente*.

No es posible explicar extensamente la crítica implacable de Kelsen a la Constitución soviética y a la democracia proletaria. Sin embargo, considerando los propósitos de este trabajo, es posible reconocer que Kelsen desarrolló alegatos apasionados en defensa de la democracia representativa, parlamentaria, en suma burguesa, estableciendo que ésta se encuentra dotada de elementos jurídicos que impiden la formación de regímenes autocráticos.<sup>21</sup> Por ello criticó vigorosamente las normas constitucionales excluyentes por no reconocer antiguas prácticas, incluso jurídicas, como las de las sociedades religiosas. De este manera, Kelsen abogó de modo implícito y explícito por el reconocimiento de prácticas jurídicas heterogéneas propias de una sociedad pluricultural como fue el imperio zarista, posteriormente la Unión Soviética y ahora lo es la Federación Rusa; por ello su desacuerdo con la supresión del *zemstvo*, organización autogestionaria, impulsada en la Rusia zarista durante la década de los años sesenta del siglo XIX, y abolida en 1917.<sup>22</sup> Es decir, hay una preocupación por el reconocimiento de particularismos, por ello criticó ciertos artículos de la Constitución soviética,

<sup>19</sup> “Este *Parlamento* está compuesto, por medio de elecciones indirectas, por los soviets de las ciudades y del campo, que envían sus representantes al Congreso. A los soviets urbanos les corresponde *un* diputado por cada 25,000 ‘electores’, en tanto que los soviets campesinos uno por cada 125,000 «habitantes»”, Kelsen, *op. cit.*, p. 330.

<sup>20</sup> Lenin, V. I., “Las tareas inmediatas del poder soviético”, en Kelsen, *op. cit.*, p. 339.

<sup>21</sup> Conviene anotar que a fines de la década de los años veinte, Carl Schmitt explicó cómo la sociedad de la época, es decir Alemania, Austria, etcétera, en realidad eran sociedades pluralistas, pues existían múltiples grupos de poder, Kelsen conoció esta discusión. Véase Racinaro, R., “Hans Kelsen y el debate sobre la democracia y parlamentarismo en los años veinte y treinta”, en Kelsen, *op. cit.*, pp. 132-135.

<sup>22</sup> Kelsen, *op. cit.*, p. 239.

anteriormente mencionados. Por otra parte, descubre las contradicciones entre los textos legales y las tesis políticas, es el caso de la presentación que hace Kelsen de lo que él consideró rigidez de la Constitución soviética y por otra parte advierte cómo Lenin y Trotski dejan la iniciativa electoral en manos de obreros, campesinos pobres y soldados aceptando las propuestas de estos sectores interesados en desarrollar elecciones directas. Esta dicotomía expresa una de las críticas que formuló Kelsen a la teoría marxista: teoría política anarquizante y al mismo tiempo estatista y planificadora. Es decir, la rígida Constitución soviética y al mismo tiempo la flexibilidad para aceptar iniciativas electorales de los proletarios depauperados. Por otra parte, Kelsen demuestra que la revolución bolchevique tampoco ha logrado la extinción del Estado ni la del derecho, pues había surgido un poderoso estatismo.<sup>23</sup>

En oposición a la crítica bolchevique a la democracia parlamentaria, Kelsen planteó cómo la historia política occidental muestra lo que él llamó “el desarrollo inmanente de la democracia”:

Sin embargo, el desarrollo inmanente de la democracia condujo necesariamente también a una democratización gradual de la *administración* y de la *jurisdicción* y, junto con esto, a una superación del principio de la división de los poderes. La administración comunal y provincial (territorial) autónoma, los tribunales de lo criminal del Estado capitalista, indican claramente esta tendencia siempre en progreso. Por lo tanto no constituye un contraste de principios con la llamada democracia aparente del Estado capitalista, el hecho de que toda la literatura bolchevique subraye con el mayor énfasis como la ventaja principal de la Constitución Consiliar el hecho de que sólo ésta asegura la participación inmediata del pueblo en el Ejecutivo, y su unión creativa con el Legislativo.<sup>24</sup>

Kelsen a lo largo de su exposición defendió la democracia parlamentaria y las posibilidades de desarrollo que ésta contiene. Por ello no aceptó la teoría marxista en sus diferentes versiones, pues para él éstas desconocieron, de un modo u otro, la función civilizatoria del derecho y el Estado. Además, este pasaje expone el método comparativo empleado por el jurista vienés: por una parte, los avances de la democracia parlamentaria, y por la otra, al-

<sup>23</sup> Kelsen subrayó cómo, en su opinión, la filosofía política de Marx y Engels contiene la contradicción entre teoría política anarquizante y una teoría económica que para su realización exige la existencia de un Estado planificador, fuertemente organizado. Por ello buscará esta contradicción en los grandes epígonos de Marx, desde Lasalle, la socialdemocracia alemana y austriaca y por supuesto en la teoría y práctica bolchevique.

<sup>24</sup> Kelsen, *op. cit.*, pp. 341 y 342

gunas características de la democracia consiliar donde a esta última le toca la peor parte, pues contiene elementos que bien pueden derivar en formas constitucionales periclitadas, como los estamentos. Sin embargo, lo relevante aquí es anotar la metodología comparativa empleada por Kelsen, fundada en análisis comparativo empírico, aunque fundamentada en una postura filosófica e ideológica implícita: cierto liberalismo capaz de reconocer la injerencia de disposiciones estatales, sobre todo de naturaleza constitucional y administrativa. Es posible preguntarle (de modo figurado) al escritor en comentario, imbuido de pasión democrática, su punto de vista sobre los intereses en juego en la discusión latinoamericana a propósito del pluralismo jurídico. Tal vez el autor de la obra posterior, *Teoría pura del derecho* (1934), habría reconocido prácticas autogestionarias, aun en el ámbito jurídico como lo hizo, en su momento, en relación con comunidades autónomas establecidas en una vasta extensión como la que ocupó la Unión Soviética. Por ello la mejor lectura sobre la obra de Kelsen es aquella vinculante de las reflexiones acotadamente jurídicas con las propias de su pensamiento jurídico y político. En otras palabras, el escrito de Kelsen en comentario ofrece una metodología para reflexionar sobre la construcción de sociedades democráticas, cuyo rasgo distintivo está constituido por la necesidad política y social de garantizar prácticas tuteladas por una perspectiva propia del pluralismo jurídico; por cierto inseparable del pluralismo político, pues podrían emplearse los instrumentos críticos que el profesor vienés usó para cuestionar a la entonces reciente Constitución Consiliar y a la que él todavía denominó Rusia, donde en ese entonces se fraguaba la nueva entidad política: Unión Soviética. En síntesis, dirigir estas armas de la crítica kelseniana hacia las sociedades reacias, distantes, o en franca oposición al pluralismo jurídico.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

Sólo es posible responder de modo especulativo cuando se pregunta sobre la manera como han influido e influyen las ideas de Kelsen en la argumentación de jueces, a propósito de litigios vinculados con el derecho indígena. Para formular un planteamiento sobre esta cuestión habría que emprender un examen empírico, el cual mediante la lectura de sentencias vinculables con la problemática indígena permitieran detectar el grado de la influencia kelseniana, implícita y explícita. Sin olvidar que esta encomienda tendría que distinguir los razonamientos propiamente kelsenianos de aquellos otros motivados por la férrea razón de Estado.

En tanto, será necesario propiciar el conocimiento de la extensa obra del profesor vienés, pues como se observa en su crítica al bolchevismo pone de manifiesto cierta disposición democrática, cuya enseñanza bien puede ser usada en México, al menos como un dispositivo metodológico para favorecer alternativas legislativas, judiciales y administrativas frente eventuales políticas del Estado.

Constituye una problemática muy compleja imputar a las ideas conductas que trascienden lo individual, es decir sociales. Por eso, cuando estas ideas conciernen al ámbito del poder jurídico y político, entonces la temática, de suyo difícil, se convierte en una cuestión plena de aristas. De ahí que sea necesario tener presente los modos como la recepción de teorías, ideas, se ve afectada por condiciones éticas, morales, científicas, políticas y culturales de los *receptores*. En consecuencia, bajo ciertas condiciones, será necesario tener presente la formación intelectual de las instancias judiciales, legislativas y administrativas encargadas de resolver sobre asuntos donde se encuentren vinculadas cuestiones propias del pluralismo jurídico.

Como se sabe, existen múltiples mediaciones culturales y políticas que limitan la posibilidad de establecer relaciones causales entre ideas y conductas. Es el caso de la filosofía jurídica y política de Hans Kelsen, pues es necesario considerar cómo esta compleja elaboración conceptual fue resultado de una larga genealogía filosófica arraigada en el kantismo y en el neokantismo, expresiones intelectuales que hacen evidencia sobre la intensa producción filosófica desarrollada en una región germanoparlante, la cual ha propiciado el surgimiento sistemático de notables filósofos. Por ello conviene pensar el modo como tan denso bagaje intelectual puede ser recibido en latitudes y culturas muy distintas. Del mismo modo que la producción de conocimientos está condicionada por circunstancias sociales de la época, también la recepción de las ideas está influida por las coyunturas históricas y sociales.

Las cuestiones anteriormente mencionadas permiten preguntar de qué modo tales ideas señeras pudieran ser usadas para racionalizar emociones y sentimientos adversos a los pueblos indígenas, pero encubiertos con “argumentos kelsenianos”. También es factible cuestionar hasta dónde es conocida la obra —no una obra— de Hans Kelsen, pues los eventuales instrumentadores de algunos aspectos de la teoría del maestro vienés pudieran estar interesados en justificar elegantemente sus decisiones. Por ello, será necesario mantener presente la reflexión sobre las relaciones entre conocimiento e interés. Estas consideraciones, apenas esbozadas, permiten dudar de la fuerza de la teoría kelseniana como tal, pues frecuentemente podrá ser

usada como uno de los factores explicativos de la eventual enemistad frente al derecho indígena.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- CORREAS, Óscar (coord.), *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, Ediciones Coyoacán, 2007.
- GÓMEZ, Magdalena (coord.), *Derecho indígena*, México, INI, AMNU, 1997.
- HABERMAS, Jürgen, *Conocimiento e interés*, Madrid, Taurus, 1989.
- , *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, Taurus, 1981.
- INECIP, *Justicia indígena: el desafío de la construcción de un Estado pluricultural*, Buenos Aires, Ediciones del Instituto, 2001.
- KELSEN, Hans, *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Guadarrama, 1977.
- , *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Ed. Universitaria, 1969.
- , *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1957.
- , *Socialismo y Estado. Una investigación sobre la teoría política del marxismo*, México, Siglo XXI, 1982.
- ORDÓÑEZ CIFUENTES, José E. y ZARAGOZA, Ignacio (coords.), *Pueblos indígenas y tribales. Respeto, participación y consulta*, México, UNAM-Plaza y Valdés, 2008.
- , *Derecho indígena en Mesoamérica, Guatemala-México*, maestría en etnicidad, etnodesarrollo y derecho indígena, 2007.

# GEOMETRÍA Y DERECHO: LA PIRÁMIDE KELSENIANA Y EL CÍRCULO EN EL DERECHO DE LOS PUEBLOS DE ABYA YALA

José Emilio Rolando ORDÓÑEZ CIFUENTES\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La propuesta kelseniana*. III. *La estructura jerárquica*. IV. *La toma de decisiones circulares del sistema jurídico indígena*.

## I. INTRODUCCIÓN

La ponencia se inscribe en el marco de un ejercicio en el derecho comparado moderno. La connotación es que no lo abordo desde la perspectiva de los sistemas jurídicos aceptados en el marco geopolítico tradicional excluyente sino para el caso de América y/o Abya Yala.<sup>1</sup> Desde la perspectiva de los primeros pueblos de origen asiático venidos a nuestro Continente. Quienes se autoadscriben como “pueblos originarios”, “Primeras Naciones”, “Naturales”.

Por otro lado, pretendo presentar líneas generales en el marco del pluralismo jurídico. Estimo que el derecho indígena constituye un sistema jurídico y las denominaciones de “derecho consuetudinario” y “usos y costumbres” son denominaciones peyorativas de prácticas coloniales externas e internas descalificadoras tal como lo sustento en mis investigaciones realizadas en la materia.<sup>2</sup>

Nos encontramos frente a dos ejercicios geométricos jurídicos teórico-prácticos de ver y hacer el derecho una, la visión formalista: piramidal nor-

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y profesor en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, ambas dependencias de la UNAM. Jornadas Lascasianas Internacionales [www.juridicas.unam-mx/inst/evacad/lascasianas](http://www.juridicas.unam-mx/inst/evacad/lascasianas).

<sup>1</sup> Nombre que en idioma kuna (Panamá) los pueblos originarios adoptaron para el Continente Americano.

<sup>2</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1970; *Derecho indígena en Mesoamérica*, México, Editorial Tinta Negra, 2007, y *Restitución de la armonía cósmica. Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala*, Cuaderno de Trabajo núm. 97, Sociología del Derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

mativista kelseniana, y la otra, que se funda en una idea circular, en donde el sentido comunitario es mucho más poderoso que el individual. La denominada también visión “nóstrica del derecho”.<sup>3</sup>

El derecho, como la danza, el canto, el arte, la poesía, etcétera, es parte de ese todo, un ejercicio colectivo. Los hombres, las mujeres, los niños(as), los ancianos(as) en aras no de restablecer el orden y el progreso sino la armonía, el equilibrio, la estima, en un mandar obedeciendo, buscan el arrepentimiento activo y el perdón como práctica social de convivencia más que como mandato jurídico *per se*.

Para el caso en atención a la convocatoria de este panel, denominado “La influencia del positivismo kelseniano en América Latina y el pluralismo”, propuesta de mi buen amigo René Kupe, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Viena; trabajaremos, en primer lugar, a uno de los teóricos europeos más sobresaliente de la teoría jurídica positivista<sup>4</sup> europeo-americana.

Veremos el aporte de la filosofía del derecho visto desde la Escuela Austriaca, tierra del maestro Kelsen, con cuyas lecturas iniciamos nuestra carrera de derecho en la complicada materia de Introducción al estudio del derecho, que fundó en la Universidad Nacional Autónoma de México, nada menos y nada más que Eduardo García Máynez, cátedra que luego y ahora es materia de inicio en la carrera de derecho en América Latina. Con base en su libro se fundó la cátedra en la Universidad de San Carlos de Guatemala.

## II. LA PROPUESTA KELSENIANA

Como sabemos, Kelsen fue jurista, filósofo y político austriaco de origen judío (Praga, 1881-Berkeley, California, Estados Unidos, 1973). Defendió una visión juspositivista del derecho como un fenómeno autónomo de consideraciones ideológicas o morales, del cual excluyó cualquier idea de derecho natural. Analizando las condiciones de posibilidad de los sistemas jurídicos, concluyó que toda norma emana de otra norma, remitiendo su origen último a una norma hipotética fundamental que es —para Kelsen— una hipótesis o presuposición trascendental, necesaria para postular la validez del derecho. Y en el supuesto que no hay un solo orden jurídico estatal válido, sino una pluralidad de tales órdenes coordinados entre sí y delimitados jurídicamente en su respectivo ámbito de validez; él admitió que el derecho in-

<sup>3</sup> Lekensdorf, Carlos, *Los hombres verdaderos. Voces y testimonios tojolabales*, México, Siglo XXI-UNAM, 1996.

<sup>4</sup> Véase Scarpelli, Uberto, *¿Qué es el positivismo jurídico?*, México, Editorial Cajica, 1997.

ternacional es el que realiza esta coordinación y delimitación, y no hay más remedio que considerar que el derecho internacional es un orden jurídico superior a todos los órdenes estatales, a los cuales integra en una comunidad jurídica universal; de este modo, queda garantizada la unidad de todo derecho en un sistema de zonas jurídicas jerárquicamente escalonadas.

Congruente con la propuesta jerarquizadora de las normas, una de las ideas más notable que legó fue su sistema de *revisión constitucional*. Así, “la Constitución austriaca de 1920 iba a consagrar un nuevo sistema de control de constitucionalidad que es deudor de la concepción de Kelsen”,<sup>5</sup> que crea tribunales constitucionales especializados a los que confía esta revisión. De esa suerte se apunta que

el Tribunal Constitucional es una institución inventada por el constitucionalismo estadounidense y reelaborado en la segunda década del siglo XX por unos de los genios juristas europeos, Hans Kelsen. El punto de partida es que la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la *lex superior*, la primera entre todas que sienta los valores supremos de un ordenamiento jurídico.<sup>6</sup>

La influencia de Kelsen marcó a la llamada Escuela de Viena, la Escuela de Turín (véase a Norberto Bobbio), La Escuela de Brno (en la República Checa) y en Inglaterra, las teorías positivistas de Herbert Hart y de Joseph Raz. Hart se inspira en la tesis kelseniana para sostener que el ordenamiento jurídico está caracterizado por normas primarias y secundarias.<sup>7</sup>

Nuestro profesor del curso de Introducción al derecho iniciaba la materia sobre la problemática de la clasificación de las normas jurídicas desde el punto de vista de su jerarquía. En la primera hipótesis hay entre ellas una relación de coordinación; en la segunda, un nexo de supra o subordinación. La existencia de relaciones de este último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela, al propio tiempo, el fundamento de su validez.

Señala Máynez que este asunto fue planteado por primera vez en la Edad Media, siendo poco más tarde relegado al olvido y que en los tiem-

<sup>5</sup> Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo Kelseniano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp 17 y ss.

<sup>6</sup> Hernández, Armienta y Camargo González, Ismael (coords.), *Los derechos humanos en América Latina y Europa*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2008, p. 9.

<sup>7</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1969; *Teoría general de derecho*, México, UNAM, 1949, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994.



pos modernos Bierling resucitó la vieja cuestión. El desenvolvimiento de las ideas de Bierling y la creación de la teoría jerárquica de las normas débese al profesor vienés Adolph Merkl. Hans Kelsen ha incorporado a su sistema la teoría de su colega, y el profesor Vedross, otro de los representantes de la misma escuela, llevó a cabo interesantes trabajos sobre el mismo tema.

Para Kelsen, la conciencia jurídica positiva establece la función de la norma fundamental, descubre también una particularidad específica del derecho:

el derecho regula su propia creación. Pero urge advertir que el orden jurídico no es un sistema de normas de derecho coordinadas, situadas una al lado de otras, por así decirlo, sino una serie escalonada de diversas zonas normativas, que podemos presentar en esquema del modo siguiente: el grado supremo de un orden jurídico estatal está formado por la Constitución en el sentido material de la palabra, cuya función esencial consiste en determinar los órganos y el procedimiento de la creación de normas jurídicas generales, es decir, de la legislación, el grado inmediato lo constituyen las normas generales creadas por el procedimiento legislativo, cuya función consiste [a su vez] no sólo en determinar los órganos y el procedimiento, sino en esencia también el contenido de las normas individuales, creadas de ordinario por los tribunales y las autoridades administrativas...<sup>8</sup>

Kelsen refiere:

La teoría de la estructura escalonada del orden jurídico es de fecundas consecuencias para el problema de la interpretación. Ésta es un procedimiento espiritual que acompaña todo el proceso de la creación jurídica en su desenvolvimiento de la grada superior hasta las gradas inferiores —determinadas por las superiores—.<sup>9</sup>

### *Kelsen y la enseñanza y la sociología del derecho*

Sigue siendo cierto que

Lo singular y llamativo de todo lo que precede, para quien no tiene su juicio atado a prejuicios muy firmemente asentados en los medios jurídicos, es que

<sup>8</sup> Kelsen, Hans, *La teoría pura del derecho*, México, Editorial Colofón, s. f., pp. 54 y ss.

<sup>9</sup> El distinguido jurista español Luis Legaz, conocido traductor de la obra, señaló: “Pese a todos los ataques y campañas más personales que científicas muchas veces, dirigidas contra Kelsen, mantiene éste la ‘pureza’ de su teoría jurídica con una constancia que es por sí sola una prueba de la probidad científica. Pienso que es difícil estar de acuerdo con la totalidad de sus concepciones científicas”.

la enseñanza del derecho versa principal, cuando no exclusivamente, sobre el derecho codificado tradicional y concede escasa dedicación a la legislación moderna en sentido social.<sup>10</sup>

Mi parecer sobre la enseñanza normativista contemporánea (cuyo responsable no es Kelsen) es que se debe establecer los aspectos económicos, sociales que se reflejan a través de las normas jurídicas, por lo que lo jurídico sólo puede ser entendido si conocemos primero nuestra estructura social, que acepte en lo superestructural su autonomía relativa y la determinación en última instancia de lo económico. Aquí la posibilidad de la elaboración también de prácticas educativas alternativas y contra-hegemónicas. Creo que no se conoce por conocer, sino que se conoce al servicio de un fin o fines. A su vez, se conoce en la actividad y se actúa conociendo, siendo el objeto de la actividad práctica (praxis) la naturaleza, la sociedad o los hombres reales. En consecuencia, y en tanto que las relaciones sociales son relaciones de clase, ningún conocimiento (por ende ningún proceso educativo y/o investigativo) escapa al dominio de clase.

Por ello, si se quiere conocer, se tiene que participar en la práctica transformadora de la realidad,<sup>11</sup> de lo que se trata “es de transformar el mundo”, se dirá en la *undécima tesis sobre Feuerbach*.<sup>12</sup> En el proceso educativo debe darse la integración de la teoría con la práctica, por cuanto el conocimiento teórico y la investigación práctica son dos aspectos de un mismo proceso.

En el campo de la sociología del derecho, quizás una primera observación es la división que plantea Treves: la sociología jurídica de los juristas y la sociología del derecho de los sociólogos. Para el primer apartado incluye las concepciones de los juristas que han protagonizando la “llamada revuelta contra el ‘formalismo’ tanto legal (el caso de Geny) como conceptual (Ihering, Kantorowicz o Ebrlich) o jurisprudencial (Holmes, Roscoe Pound y el realismo americano) partidarios de una sociología en el derecho realizado para fines prácticos y de la legislación y la jurisprudencia”. Mientras que el segundo apartado recoge las aportaciones de sociólogos partidarios de considerar a la sociología del derecho como sociología particular (se trata de una sociología del derecho) y encaminada hacia fines teóricos y cognoscitivos; aquí habría que incluir también las concepciones de juristas como Kelsen o Hart, en la medida en que tienden a configurar a la sociología del derecho como una ciencia autónoma y separada de la ciencia jurídica tradi-

<sup>10</sup> Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Siglo XXI, 1981, p. 31.

<sup>11</sup> Tse Tung, Mao, “Sobre la práctica”, *Cinco tesis filosóficas*, Pekín, Lenguas Extranjeras, 1974.

<sup>12</sup> Marx, K., “Tesis sobre Feuerbach”, *Obras escogidas*, Moscú, Progreso, 1973, t. 1, p. 10.

cional. Precisamente en relación a esta cuestión, Treves defiende la necesidad de un trabajo interdisciplinario entre sociólogos y juristas.<sup>13</sup>

Cabe recordar que la sociología del derecho es una ciencia tardía, que comienza a formarse en el tránsito del siglo XIX al XX, con ocasión de lo que Renato Treves ha llamado “la revuelta contra el formalismo jurídico”. En efecto, el siglo XIX europeo es un siglo dominado por el positivismo legalista, es decir —como dice Soriano— por la reducción del derecho a la ley positiva contenida en los códigos. Recuerda que el positivismo legalista decimonónico dio lugar a importantes textos jurídicos dentro de un extenso movimiento codificador: los códigos de Austria, Prusia y Francia.<sup>14</sup> El más famoso de todos fue el Código de Napoleón, de 1840, considerado el código perfecto, modelo seguido en Europa y diríamos también en América.

Explicación histórico-política de esas construcciones jurídico-legalistas, la encontramos bien explicada en el *Derecho y el ascenso del capitalismo*, de Tigar y Levy, como conquistas de la burguesía en la Francia y la victoria del Tercer Estado y en Inglaterra en la técnica del *Common Law*. Estos elementos de la relación de los burgueses con el derecho no corresponden a periodos históricos nítidamente definidos: aparece en cada país de Europa occidental desde el siglo XI hasta la conquista del poder por la burguesía entre los siglos XVIII y XIX. La caída del régimen feudal fue un proceso gradual jaloneado por movimientos súbitos y violentos.<sup>15</sup> Justo cuando florece el positivismo jurídico.<sup>16</sup>

El telón de fondo es que la idea de *orden y progreso* “jamás fue abandonada por la sociología al igual que las sociedades en el mundo moderno.

<sup>13</sup> Atienza, Manuel, “Nota preliminar”, en Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, 1977, p. 11.

<sup>14</sup> Soriano, Ramón, *Sociología del derecho*, España, Ariel, 1997, p. 117. Recuerda la importancia que tuvieron el positivismo legalista y el movimiento codificador en Escuela de la Exégesis.

<sup>15</sup> Tigar, Michael y Madeline, Levy, *El derecho y el ascenso del capitalismo*, México, Siglo XXI, 1978, p. 19.

<sup>16</sup> El positivismo jurídico floreció en la época del positivismo científico de Augusto Comte en Francia y la teoría de Agustín en Inglaterra. “Los juristas positivistas posteriores fueron menos rígidos Kelsen tomó en cuenta los caminos por los cuales una ideología jurídica puede dejar de constituir “el derecho”, sea por desuso o por indiferencia pública a la autoridad del soberano, y describió de qué modo los principios morales generales de una sociedad determinada pueden influir sobre la forma en que se concretan las normas generales. Pero el positivismo jurídico se centra en un soberano identificable que puede recibir nombres diversos y en la creación de ese soberano hace una ideología jurídica que justifica y explica su ejercicio del poder público”, *ibidem*, p. 267.

Por ende aparece tanto en Comte, Spencer y Durkheim, como en Parsons, Bordieu y Touraine”.<sup>17</sup>

Treves, quien reconoce en Kelsen a uno de los más autorizados representantes del formalismo, dice que concibe la “sociología del derecho como una ciencia empírica y le da una precisa colocación en relación con la ciencia del derecho”. La ciencia del derecho dice, “es ciencia limitada al conocimiento de normas”; la sociología del derecho es, por el contrario “una ciencia que se propone indagar las causas y los efectos de los sucesos naturales cualificados por las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos. En otros términos, Kelsen distingue la ciencia que se propone indagar las causas y los efectos de los sucesos naturales, que, cualificados por las normas jurídicas, se presentan como actos jurídicos”.<sup>18</sup>

De esa suerte, anota que

Kelsen... ha señalado que deberá ser el jurista quien estudie y ordene las normas positivas que constituyen el verdadero armazón del derecho, pero también ha advertido a reglón seguido que el suyo será siempre un trabajo de Sísifo si no recurre al auxilio que pueda prestarle este “concepto puro” del derecho que no se puede hallar en el jurista, sino en el filósofo. El jurista puede elaborar un sistema, pero no un sistema verdadero. Por decirlo de algún modo, sólo es científico en tanto que su ciencia no es una ciencia verdadera.

De esa suerte se estima la influencia en Kelsen de Kant.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Lanni, Octavio, *La sociología y el mundo moderno*, México, Siglo XXI, 2005, p. 19

<sup>18</sup> Treves, Renato, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Turín, 1970. La tendencia a atribuir un carácter teórico y cognoscitivo a la sociología del derecho, prescindiendo de considerar la posible utilización práctica de sus resultados, ya clara en la teoría de Kelsen, ha encontrado un ulterior sostén en las teorías de juristas más o menos estrechamente ligadas a la filosofía analítica. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, 1961, pp. 55-56, 86-87, 99-100. Recordemos la distinción propuesta por Hart entre punto de vista interno, que es el propio jurista, y punto de vista externo, que es el del sociólogo.

<sup>19</sup> Cerroni, Umberto, *Introducción a la ciencia de la sociedad*, México, Grijalbo, 1978, p. 94. El autor citado refiere en su obra a la influencia de Kant en Kelsen: “(1) Al distinguir el derecho como objeto individualizado y al margen de la moral y la sociología, Kant lo reconoce como derecho positivo y, por tanto, legitima un conocimiento del mismo como norma positiva válida en las formas y modos que la ciencia jurídica ha ido poniendo sucesivamente a punto que quizás Kelsen haya llevado a la cima de su claridad sistemática. (2) Al hacer esto Kant ha roto (o ha intentado romper) radicalmente con la tradición exquisitamente ‘metafísica’ que mezclaba el derecho con la moral, hasta el punto de llegar a convertirse en el tutor teórico de la moderna ‘doctrina pura del derecho’; (3) pero al mismo tiempo mientras fundamentaba un ángulo teórico el conocimiento científico del derecho positivo, Kant proclamaba su esterilidad axiológica al afirmar que el reconocimiento de los datos jurídicos empíricos sólo podía figurar como *addenda* a una doctrina auténticamente del derecho y que una doctrina

### III. LA ESTRUCTURA JERÁRQUICA

Una buena síntesis de la propuesta la formula Novoa Monreal:

El orden jurídico tiene una estructura jerárquica, lo que significa que existen normas de diversos niveles, en las que las inferiores están subordinadas a las superiores. Así, la ley se subordina a la Constitución... No existe otro derecho del que emana de la autoridad estatal. Uno de los principales fines de Kelsen es eliminar del derecho todos los elementos que le son extraños en especial la política. Para ello toma como objeto de la ciencias jurídica al derecho positivo tal cual es sin criticarlo ni justificarlo, se limita a preguntarse cómo se forma el derecho, sin interesarse en cómo debería ser o como debería formarse. Niega que corresponda al derecho dar la solución ‘justa’ a los conflictos, pues la justicia es una idea moral que está más allá de toda experiencia y su contenido varía al infinito. En cambio el derecho es autónomo de la moral. Conceptúa al derecho como un orden coactivo constituido a base de las normas que reglamentan el empleo de la fuerza en las relaciones sociales y se reserva el monopolio de ésta... El Estado no es distinto ni anterior al derecho, ni crea a éste, pues hay una unidad entre Estado y derecho. Rechaza al derecho natural porque identifica las leyes naturales con las reglas jurídicas.<sup>20</sup>

Cerroni comenta que “Kelsen, quien después de haber desarrollado una ‘nomoestática’ fundada en el supuesto de la derivación gradual de unas normas a partir de otras, pone freno a su ‘nomodinámica’ ante una *grund-norm* de la que no puede ofrecernos una explicación normativa”.

Sociológicamente Treves puntualiza a la propuesta kelseniana,<sup>21</sup> del Estado como única fuente del derecho:

puramente empírica carece de sesos. Por decirlo de algún modo, Kelsen y el positivismo jurídico en general encuentran en Kant su mentor y su más radical crítico teórico”. Kelsen, máximo teórico de la doctrina pura del derecho, es decir de una doctrina jurídica consciente de la particularidad de su carácter al serlo de la autonomía de su objeto. Véase: *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1968. Immanuel Kant nació en la ciudad de Königsber, el 22 de abril de 1724. Entre sus grandes obras cabe mencionar la *Crítica de la razón pura* (1781); *Prolegómenos a toda metafísica futura* (1783); *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785). Córdova, Arnaldo, *Sociedad y Estado en el mundo moderno*, México, Grijalbo, 1976, pp. 11 y ss. Este último autor, para otros datos sobre la vida y la obra de Kant, recomienda: *Prolegómenos a toda metafísica futura* y *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, UNAM, Colección Nuestros Clásicos.

<sup>20</sup> Novoa Monreal, *El derecho como obstáculo al cambio social*, cit., pp. 237 y 238.

<sup>21</sup> Recordemos que para Kelsen “una norma es válida si ha sido creada conforme un procedimiento preestablecido, a condición de que sea efectiva en cierto grado y pertenezca a un sistema jurídico eficaz”, Correas, Óscar, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Universidad Benito Juárez de Oaxaca y Ediciones Coyoacán, 1994, pp. 78 y ss.

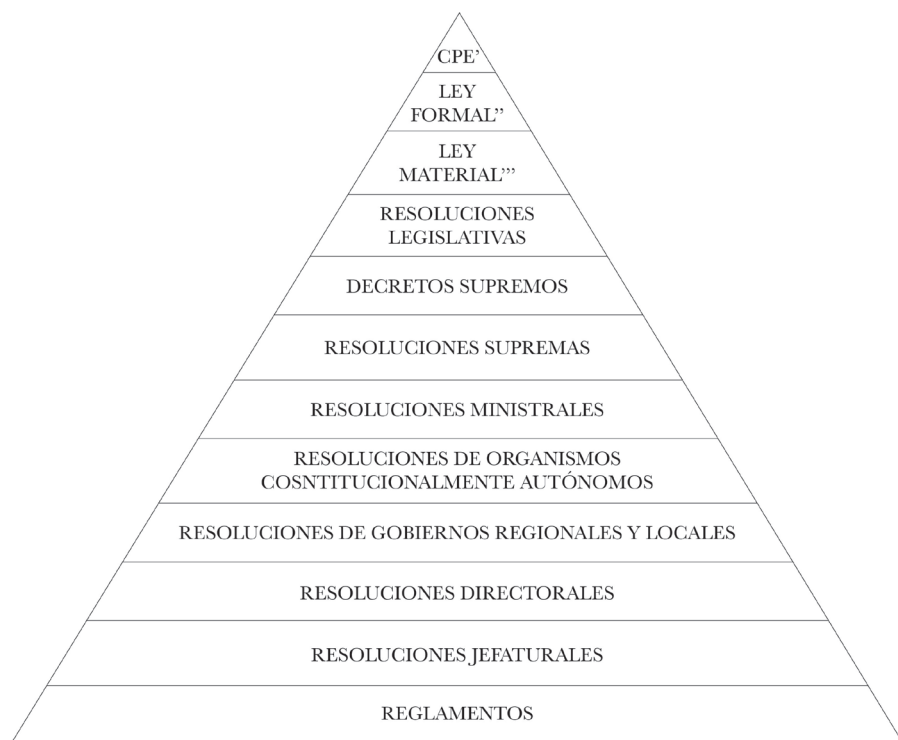
- a) Kelsen y Hart configuran a la sociología del derecho como una ciencia autónoma y separada de la ciencia jurídica tradicional;
- b) Recuerda que Hans Kelsen, en su teoría pura desarrolla una concepción del derecho que presenta numerosos puntos de contacto no sólo con los de Austin, sino también obviamente con las de Weber. Las afinidades y coincidencias pueden observarse entre las concepciones del derecho desarrolladas en la sociología de Weber y las concepciones de los juristas que, como Austin y Weber, son contrarias a las teorías sociológicas del derecho, pero no por ello contrarias a la sociología del derecho.<sup>22</sup>
- c) Kelsen distingue la ciencia del derecho entendida como ciencia “normativa” que estudia las reglas del debe ser; de la sociología del derecho como ciencia natural que describe los hechos del ser; de la sociología del derecho entendida como ciencia natural que describe los hechos del ser, es decir, “los comportamientos efectivos” de los hombres en el ámbito del ordenamiento jurídico.
- d) Que Kelsen, que con tanto rigor ha procurado eliminar de la ciencia del derecho todo elemento ideológico y sociológico, calificado por él como metajurídico, escribe un libro (*Society and Nature*) en el cual intenta poner de manifiesto la coincidencia de la idea de justicia con el principio de retribución en el pensamiento de los pueblos primitivos e intenta demostrar su tesis con argumentos extraídos de relatos de misioneros y de exploradores, de los resultados de las investigaciones realizadas por sociólogos y antropólogos en torno a la vida y a las costumbres de aquellos pueblos y especialmente de los indios del Norte y Centroamérica y de las tribus negras de Guinea y del Congo.<sup>23</sup>

García Máynez formuló en su varias veces citada *Introducción al estudio del derecho*, para el caso de México, “el problema de la ordenación jerárquica de los preceptos que pertenece a un mismo sistema se complica extraordinariamente cuando el sistema corresponde a un Estado de tipo federal y hace una serie de observaciones al respecto”.<sup>24</sup> Resulta importante consultar su observaciones en tanto pioneras y ver el estado actual.

<sup>22</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Editorial Porrúa, 1982, p. 83. Cita como referencias: Merkl, A., *Die Lehre von der Rechtskraft*; Kelsen, *Teoría general del Estado*; Vedross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes y Gesellschaft und Recht* (*Estudios sobre la teoría pura del derecho*, obra dedicada a Hans Kelsen), Viena, 1931, p. 54.

<sup>23</sup> Kelsen, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Londres, The Lawbook Exchange Ltd., 2000, p. 133.

<sup>24</sup> García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 86.



#### IV. LA TOMA DE DECISIONES CIRCULARES DEL SISTEMA JURÍDICO INDÍGENA

Pero veamos cómo los pueblos indígenas perciben su propio derecho, frente a las políticas que aspiran a la disolución de las civilizaciones dentro de la civilización occidental, o sea, lo que Robert Jaulin llama la práctica de una civilización-cementerio,

de una civilización de la soledad o de la no comunicación humana, cual sucede con los muertos, quienes no sostienen ni relaciones de residencia, ni relaciones de consumo, ni relaciones de producción, ni relaciones amorosas; cuyas relaciones orden y constituyen los problemas “universales” a los cuales toda la vida, en su dimensión naturalmente colectiva responden para poder ser.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> Jaulin, Robert, *La des-civilización. Política y práctica del etnocidio*, México, Editorial Nueva Imagen, 1974, p. 14.

Advertir como los propios pueblos indígenas ven su desarrollo cultural actual, es importante para una construcción dialéctica que por cierto nunca acaba pero permite contestar la pregunta que se va afirmando en ese momento de la historia de Guatemala, como lo propuso en los años setenta Jean Loup Herbert: ¿Quién es el ladino? ¿Quién es el “indígena”?, que no son según su interpretación, etiquetas culturales, sino seres profundamente sociales e históricos.

Volviendo con Herbert:

Sin embargo, hasta la fecha se ha excluido de lo histórico, propiamente dicho, lo prehispánico, al considerarlo como un elemento pasivo, dejando lo dinámico al componente español. A estas razones se agrega otra más inmediata y urgente: la necesidad de criticar los prejuicios impuestos por la conciencia colonizadora.<sup>26</sup>

Dentro de las investigaciones realizadas por los propios intelectuales indígenas en Guatemala, tenemos el libro colectivo sobre *Derecho indígena*, que fue fruto del Seminario Internacional sobre el Sistema Jurídico de los Pueblos Originarios de América, que se orientó a promover el reconocimiento gradual para su cumplimiento en los sistemas estatales. Asimismo, conocer e intercambiar los estudios recientes sobre la evolución de los sistemas jurídicos en las sociedades originarias de América antes del arribo de los europeos y después del choque cultural con el fin de proveer el espacio propicio para hacer un balance del desarrollo en el campo del sistema jurídico.<sup>27</sup>

Para la Coordinación de Organizaciones del Pueblo Maya de Guatemala, Saqbíchil-Copmagua, el sistema de derecho indígena se apoya en:

- a) Una filosofía y base cultural propia, que se refleja en conceptos y categorías que se arraigan en la cosmovisión de los mayas.
- b) Normas generales, que establecen los elementos centrales que rigen el actuar humano y las relaciones entre la persona y la familia, la persona y la comunidad, y la persona y su hábitat o territorio, y las relaciones entre comunidades.
- c) Prácticas cuidadosamente apegadas a los conceptos y filosofía, que se constituye en modelos de actuación de los distintos actores y circunstancias en los que se aplican, articuladas con y fundamentadas en las normas generales.

<sup>26</sup> Herbert, Jean Loup, “Sociedad precolonial. La sociedad autóctona guatemalteca antes de la colonia”, *Guatemala: una interpretación histórico social*, México, Siglo XXI, 1972, pp. 5 y 164.

<sup>27</sup> Centro de Estudios de la Cultura maya, *Derecho indígena, sistema jurídico de los pueblos originarios*, Ixmulew, Guatemala, Serviprensa, 1994.



- d) Regulaciones y procedimientos que se derivan de la filosofía y de las normas; aplicadas por el sistema propio de autoridades comunitarias, elegidas con la participación de todos los vecinos.
- e) Una instancia de reflexión y reformulación de las normas, constituida por la asamblea comunal y encabezada por las autoridades, que sistemáticamente actualiza las normas y verifica su aplicación apego a la equidad.
- f) Un sistema de autoridades encargadas de aplicar las normas que se forman en procesos de servicio a la comunidad de carácter jerárquico, en lo que la persona gana experiencia y prestigio a la vez que aprende el contenido y significado de las normas.

En resumen: el derecho indígena está constituido por normas y regulaciones de distintos niveles que delimitan el comportamiento personal y comunitario, pero en realidad lo más importante son los principios rectores del mismo, y el proceso de reflexión que desata, así como el involucramiento personal de quien lo aplica.<sup>28</sup>

Como se advierte, implica el acercamiento a su caracterización y funcionamiento específico.

En la experiencia de la Defensoría Maya de Guatemala, que utiliza la expresión *derecho maya*, es el conjunto de principios, normas, procedimientos, leyes que regulan la vida social, económica, política, cultural, educativa, jurídica, de salud y otros aspectos de las familias, comunidades y pueblos, identificados como parte del pueblo maya. El derecho maya se concibe como el método de participar en todos los procesos de desarrollo de vida de la comunidad, la facultad de establecer las formas de comportamiento para solventar problemas o conflictos, criterios de relación interpersonal, interfamiliar e intercomunitaria y que su funcionamiento como sistema jurídico es dinámico y creativo, en el sentido de que las autoridades al solucionar los problemas utilizan la sabiduría y la experiencia que dan como resultado soluciones sabias que satisfacen a las partes en conflicto y que la administración de justicia maya resuelve diversos problemas y en diferentes ramas, no solamente los problemas menores, como califican los abogados o juristas del derecho oficial. Para la Defensoría Maya, el derecho indígena posee elementos suficientes que lo caracterizan como un sistema desarrollado, el

<sup>28</sup> Más allá de la costumbre: *Cosmos, orden y equilibrio. Resultado de las investigaciones en las regiones Achí, Cluj, K'iche', Mam, Multiétnica Ixcáán, Multiétnica Petén, Q'eqch' y Tz'utujil*. La investigación fue posible gracias al apoyo financiero de los gobiernos de Suecia y Dinamarca, a través de la Misión de Naciones Unidas para Guatemala (MINUGUA), Guatemala, 1999, p. 218.

cual nace y se fortalece en la cosmovisión indígena para normar y dirigir la convivencia comunitaria de los distintos pueblos indígenas.<sup>29</sup>

Para la Defensoría Maya, los elementos del sistema de justicia maya son:

- a) flexibilidad, que se encuentra en la metodología o en los pasos para el arreglo de los problemas;
- b) dinamismo, este término hace referencia a la intervención de varias autoridades y familiares en la solución de un problema aunque también se escucha a los directamente involucrados, y
- c) circulación, el derecho maya se aplica a todos los periodos de la vida del ser humano, haya o no conflicto o desajuste en la relación. Se puede considerar un derecho preventivo.<sup>30</sup>

Estos elementos se manifiestan en la expresión y comportamiento del pueblo maya, el cual reconoce que la vida se guía con base en principios y que esos principios son:

- a) dualidad: “Los contrarios se complementan vida/muerte, el día/noche;
- b) procesualidad: “la vida es un camino que hay que recorrer para aprender”;
- c) complementariedad: este principio va unido al principio de dualidad y su principal expresión es la unión del hombre y la mujer;
- d) respeto: “dañar al otro es dañarse a uno mismo”;
- e) consenso,
- f) participación,
- g) aporte o contribución: “Por ejemplo, dar un pésame cuando alguien ha muerto no se manifiesta con palabras sino con el acompañamiento a los dolientes, con solidaridad colectiva”, y
- h) escucha:

Este principio se fundamenta en el sentido de que no todo está terminado; por el contrario, la escucha permite llegar a conclusiones consensuadas y reflexionadas en grupo, es decir, se actúa entonces desde un verdadero criterio

<sup>29</sup> Véase SUK'B'ANIK. Administración de justicia maya. Experiencia de la defensoría maya y RI QETMBÁL CHE RI SUK'B'ANIK. Experiencia de aplicación y administración de justicia indígena, Guatemala, Serviprensa, 1999. la Defensoría Maya fue creada el 8 Noj (19 de octubre de 1993).

<sup>30</sup> La Defensoría Maya ha venido estudiando los procesos de justicia que tradicionalmente se han manifestado en las comunidades indígenas. Estos principios fueron trabajados en las experiencias de sensibilización de la defensoría. Véase *Ela Tatine'. Construyendo el pluralismo jurídico*. Alb'l Isuchl, Guatemala, 2001.

reconstruido, porque la escucha permite obtener más información sobre lo que se va a discutir; permite hacer consultas internas al grupo, en la casa o en la comunidad.<sup>31</sup>

A propósito de esa filosofía que se plantea, acudiendo al *Pop Vuh*, y del personaje denominado Siete Vergüenzas, para algunos conforma un conjunto de antivalores, de acciones socialmente rechazadas, transgresoras de las normas establecidas que rompen con el equilibrio y la armonía (soberbia, ambición, codicia, orgullo, ira, crimen e ignorancia) sugiriendo una posible incursión del padre Ximénez, que traería a colación los Siete Pecados Capitales, como indica Adrián Inés Chávez,<sup>32</sup> en su versión del libro sagrado. Estas vergüenzas también se combinan con la grandeza, jactancia, usurpación, vanidad y engaño.

Para quienes rescatan la idea expuesta (forma de pensar y razonar, de hablar o expresarse y de conducirse o comportarse de siete vergüenzas) lo que envuelve al personaje, son acciones que derivan de una actitud individual, la cual no es aceptable, sino que es reprochable; son acciones no lícitas de realizarse, pero al afectar a una colectividad también ofenden al Creador y a sus manifestaciones, en la medida que al desafiar al Creador, mediante su comportamiento, se torna intolerable ante sus ojos y por lo cual es necesario restablecer el equilibrio y la armonía inicial, el cual le es encargado al cerbatanero Shbalaké (manifestación del Creador) que derrota a Siete Vergüenzas.<sup>33</sup>

En el informe *Alcaldes comunales de Totonicapán*, se consideró que pese a los efectos de la transculturización, Totonicapán ha mantenido sus valores culturales, forma de vida y organización social, con énfasis en la forma de nombrar o elegir a sus autoridades y en la delegación de poder, de generación en generación. También se han apropiado de instituciones jurídicas estatales para beneficio común y que la autoridad indígena se sigue caracterizando en su elección, por el consenso comunal y anteriormente con apego a los dones espirituales (día de nacimiento en el calendario maya y preparación para ser funcionario) que se ha transformado en el transcurrir

<sup>31</sup> *Nociones del derecho maya*, Guatemala, Defensoría Maya Guatemala, Material educativo maya, apoyado por ACDI-Peace Building Co-Development-Canadá.

<sup>32</sup> Iniciador y fundador de la Academia de la Lengua Maya Kiché. *Las XI Jornadas Lascasianas Internacionales* que trataron el “Derecho a la lengua de los pueblos indígenas” celebradas en la ciudad de Totonicapán, Guatemala, del 10 al 12 de octubre de 2008, signaron la Declaración de Totonicapán sobre el Derecho de los Pueblos a la Lengua.

<sup>33</sup> Coy Teni, Juan Francisco *et al.*, *Razonamientos y conceptualizaciones jusfilosóficas y socioantropológicas que constituyen el derecho indígena*, Guatemala, tesina de especialización sobre derecho indígena, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, USAC, 2000, pp. 6 y ss.

del tiempo, convirtiéndose en una sana competencia en la que el valor del servicio comunal legitima la autoridad, convirtiéndose últimamente en una instancia en la cual tiene acceso: quienes mejor sirven, quienes tienen liderazgo y quienes hacen la carrera voluntaria o nombrada (iniciando desde el papel más bajo hasta el más alto).

Las autoridades indígenas mantienen un sistema estructurado de normas, denominadas consignas, que se transmiten de generación en generación oralmente.

Las consignas sirven de base para quienes cumplen funciones anualmente, estructuradas así:

- a) bienestar y servicios comunales,
- b) educación,
- c) organización,
- d) representación,
- e) política y fiscalización,
- f) administración comunal y de justicia,
- g) coordinación, y
- h) comunicación.

Las consignas, “se basan en valores o sean ideas fundamentales o principios que orientan o dirigen la vida del pueblo. Son el fundamento de las concepciones del mundo, hombre y vida del pueblo indígena”.<sup>34</sup>

Resultando de esa manera que para atender correctamente la práctica del derecho indígena descrito y su vinculación con el derecho institucional reglado, resulta importante:

El estudio de relaciones interétnicas y de clase en sociedades en donde se tejen y entretejen ropajes identitarios diferenciados y en relación asimétrica permite observar no sólo los diferentes encuentros y desencuentros sociales entre etnias y clases sociales, sino también procesos históricos de larga duración como el proyecto de Estado/nación.<sup>35</sup>

El pueblo Kaqchikel de Sololá, en su trabajo sobre *Autoridad y gobierno*,<sup>36</sup> afirma que el derecho maya se sigue practicando en el municipio de Sololá,

<sup>34</sup> Tzaquitza, Efraín *et al.*, *Alcaldes comunales de Chwimiq'ina'*, Guatemala, Serviprensa, 2000. El informe fue posible gracias a la colaboración de la Unión Europea y la Secretaría de Coordinación Ejecutiva de la Presidencia de la República.

<sup>35</sup> Ordóñez Mazariegos, Carlos Salvador, *Relaciones interétnicas y de clase en San Miguel Totonicapán/Chuimekena. Un pueblo de los altos de Guatemala a finales de milenio*, tesis doctoral en antropología social, UNAM, Facultad de Filosofía y letras, 2003, p. 192.

<sup>36</sup> *Autoridad y gobierno*, Guatemala, Editorial Cholsamaj, 1998. Con apoyo de la Agencia Financiera Diakonia de Suecia.

tratando de darle forma nuevamente (dado el impacto de la violencia sufrida en los años de la contrainsurgencia) y se mantiene la estructura de autoridad indígena, con otra modalidad que no corresponde exactamente a la estructura original de autoridad maya, pero su esencia se mantiene: consulta de decisiones colectivas, selección de autoridades con base en cualidades y otros elementos que fortalecen las acciones y la participación directa de las comunidades. La existencia del derecho maya y la estructura de la autoridad indígena contribuye a generar iniciativas y esperanza de volver a la armonía y respeto profundo por los valores del pensamiento y cosmovisión de su pueblo y advierten que la consolidación del sistema jurídico maya y su aplicación sistemática, permitirá la pluralidad de la justicia jurídica de Guatemala.

Frente a la problemática de la lucha en Guatemala tras los Acuerdos de Paz, resultan importantes los modelos de la nueva organización social indígena, en lo que se ha denominado cosmovisión ciudadana, que es una rica experiencia de un pueblo atormentado en Guatemala: *Santiago Atitlán* (Departamento de Sololá) como lo indican sus editores “para entender mejor las experiencias de descentralización, poder local y conflictos municipales, luego de que en 1996 se firmaran los Acuerdos de Paz en Guatemala”.<sup>37</sup>

Dentro de la problemática de la guerra, es menester recordar también las experiencias de las Comunidades de Población en Resistencia que fueron asentamientos constituidos por población civil, en su mayoría campesinos indígenas y también ladinos pobres que surgieron como consecuencia de la ofensiva generalizada del ejército de Guatemala a finales de 1981 y principios de 1982, que se caracterizaron por la saña y el nivel de brutalidad con que los soldados y oficiales actuaban según el testimonio de las propias víctimas.

Lo valioso de la experiencia es su sistema de organización que les permitió sobrevivir cohesionadamente como grupo social perseguido en donde las formas de organización comunitaria y el trabajo colectivo fueron parte fundamental para lograr su supervivencia.<sup>38</sup>

En la parte conclusiva del trabajo, refieren:

<sup>37</sup> Macleod, Morna, *Santiago Atitlán. Ombligo del universo Tz’uutujil. Cosmovisión y ciudadanía*, Guatemala, Cholsamaj, 2000, proyecto apoyado por Oxfam, Gran Bretaña, y Oxfam, Australia.

<sup>38</sup> La descripción de la experiencia fue posible gracias a Herrera Villatoro *et al.*, *Las comunidades de población en resistencia CPR del Ixcán Guatemalteco: una forma inédita de organización para la vida*, tesina presentada en el Diplomado Etnicidad, Etnodesarrollo y Derechos Humanos, San Cristóbal de las Casas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Centro de Investigaciones sobre Mesoamérica y el Estado de Chiapas, agosto de 1997.

Crearon y practicaron el uso de “normativas” en la resolución de conflictos, acerca de los cuales podemos hacer las siguientes observaciones:

- 1) Son una fuerza que regula la conducta del grupo donde prevalece la seguridad y el bienestar colectivo.
- 2) Responden a las necesidades concretas de la población y al practicarse mantienen su vigencia.
- 3) La obligatoriedad se la impone la decisión de la mayoría.
- 4) Refleja el sentido de dicha mayoría aun en la diversidad de concepciones.
- 5) Su fuerza nace del interior de las comunidades y no de sectores en instancias ajenas a las CPRs.
- 6) En caso de conflictos no previstos, quienes los resuelven son las autoridades que a diferentes niveles reconocen como comités locales, CPI, etcétera.

En la investigación realizada por Herrera Villatoro y compañeros, se narran circunstancias patéticas como éstas, sólo para citar dos ejemplos:

Ocurrieron cambios también en la naturaleza de los animales y cultivos. Así, el maíz que no producía, más que en una época del año, logró adaptarse a ser sembrado en diferentes meses. Otro testimonio explica: Hasta los animales y el maíz han desarrollado esa capacidad. Hay gallinas que ya no cantan porque se acostumbraron a la guerra y saben que si cantan, mueren. Antes, a los gallos les pasaban un alambre por el pescuezo para que no cantaran, ‘horita’ hay gallos que no saben cantar. Hasta la naturaleza se ha acostumbrado a la guerra, sabe sobrevivir a la guerra.

Si una pareja quería casarse por las leyes de la CPRs, debía tener primero seis meses de noviazgo, después se redujo a tres por acuerdo de la Asamblea. Se realizaban las bodas frente a toda la comunidad y era el CPI quienes declaraban a los novios: compañero y compañera. Se bebía arroz con leche y si se podía se comía pan para celebrar el acontecimiento. Pero era organizado tomando como base la seguridad de la población, así es que la fiesta empezaba a las 20 horas y puntualmente terminada a las 24 hrs.<sup>39</sup>

La Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya, Oxlaju Ajpop, plantea que el derecho maya surge y se sustenta en cuatro fuentes fundamentales:

1. La naturaleza;

<sup>39</sup> *Ibidem*, pp. 234 y 239. Lo valioso de la tesina es que la información fue recogida *in situ* y se apoyó en información dada por las propias víctimas además del material hemerográfico y documental.

2. El cosmos;
3. La divinidad, y
4. La humanidad.

Que de estas fuentes se cimientan también los principios y valores filosóficos, étnicos-morales y espirituales que los mayas practican en la vida y que les permite preservar la armonía en la comunidad y con el entorno en general. Que las cuatro fuentes de Pixab (derecho maya), arriba citadas, son entidades en la filosofía maya k'iche, como cuatro diferentes niveles o escalas de vida. Cuatro realidades existenciales. De allí que la cuatriedad, sumada a la dualidad, el treceísmo y la veintena, sean los principios básicos que sustentan la cultura maya, en la cual la ciencia no está desligada de la religión y la cultura en general.

En la portada del libro se representa a la naturaleza, por la selva y el río. Representa el cosmos por las constelaciones, estrellas y el espacio infinito.

Ve la divinidad reflejada a través de los veinte anuales en su representación figurada (los veinte animalitos), cada cual relacionado de manera directa, con los veinte días del calendario maya, siendo éstas: B'atz', E, Aj, I'x, Tzinkin, Ajmaq, No'j, T'ijax, Kawoq, Appu, Ixmox, Iq', Aq'ab'al, K+at, Kan, Keme, Kej, Q+anil, Toj, Tz'í+. El mono significa B'atz': el maguey se refiere al E; el cañaveral es el aj; el tigre o jaguar el I'x, el ave es el Tzinkin; el tecolote, el ajmag; el cerebro el; el no'j; las piedras; el tixax, las rocas; el kawoq; la flor; el ajp+u; el cocodrilo y el agua, el imox; el aire, el iq'; la pirámide, el aq'abal; la iguana o lagartija. El kát, la serpiente, el kan; el esqueleto, el keme; el venado, kej; el conejo, q'anil; el fuego, el toj; y el lobo, el anual tx'í'.

Encuentra la humanidad representada por la pareja de personas. Es el entorno completo. Es la fuente integral de vida, y la manifestación y reflejo integral de la misma vida.<sup>40</sup>

El pixab' o derecho maya es un código de comportamiento, un conjunto de principios, normas enseñanzas, consejos y valores espirituales, morales y éticos con función educativa, transmitida de generación en generación en las comunidades de lo que denominan la nación maya k'iche. Mediante la tradición oral se inicia en el hogar, en la familia, en la relación entre padres e hijos, entre abuelos y nietos, entre maestros y alumnos. El ejemplo y testimonio de vida que es la base fundamental del pixab', ya que es la

<sup>40</sup> *Uxe'al Pixab'Re K'iche' Fuentes y fundamentos del derecho de la nación maya k'iche*, Guatemala, Serviprensa, 2001, publicación financiada por el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

experiencia y la práctica lo que otorgan credibilidad y solvencia moral a quienes transmiten las enseñanzas. El pixab' tiene como finalidad orientar al individuo respecto a todo lo correcto y lo incorrecto, lo bueno y lo malo, lo positivo y lo negativo, lo constructivo y lo destructivo en las formas de vida individual y colectiva.

Para el caso de los indígenas refugiados en México, resulta un documento interesante el Reglamento Interno de las Autoridades del Campamento el Porvenir, en Chiapas, México, de septiembre de 1996. Con la participación de ACNUR/México, en su elaboración se le dio una amplia participación a las mujeres del campamento, organizadas en una Casa de la Mujer y se considera entre los principales problemas detectados en el campamento: evitar el machismo.

La Fundación Menchú, en ponencia celebrada en las IV Jornadas Las-casianas celebradas en México, como resultado de sus investigaciones de campo, en torno a la cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas, estableció que para el mundo indígena:

1. El derecho se refiere a algo que le pertenece, que sale de su cultura, de sus costumbres. De esa manera cuando alguien está cumpliendo con las normas del derecho indígena, se dice que está atendiendo y poniendo en práctica el derecho.
2. Que en una cultura comunitaria, cuya raíz es la vida colectiva, el derecho individual es una excepción.
3. La definición misma de derecho lleva implícita la idea de consenso, del acuerdo y del respeto por las normas establecidas por las comunidades. Desde este punto de vista, es evidente que, mientras la cosmovisión de los mestizos, marcada por la preeminencia del individuo sobre el grupo, requiere de una normatividad que orienta la búsqueda del bien común; en el caso de los pueblos indígenas, esta visión está en la raíz de su concepción del derecho, lo que resulta extraño a la mentalidad ladina.
4. La base fundamental de esta idea del derecho se establece con el concepto de *equilibrio*. Porque la comunidad es un todo social que se autorregula: Allí están las faltas, pero también está la madurez y la sabiduría para restablecer el equilibrio.
5. La aceptación de la diversidad como una característica fundamental de la naturaleza y de la sociedad, ha permitido que las culturas indígenas puedan compaginar esta concepción del derecho con la mestiza. Sin embargo, han sido duras las condiciones aplicadas a la sociedad indígena durante su historia como cultura subalterna —desde el genocidio hasta la violación reiterada de todos sus derechos— lo que



ha permitido que, combinando su criterio de diversidad de la naturaleza con el proceso de resistencia que le ha permitido sobrevivir, dan por resultado una posición en la que las comunidades indígenas han combinado ambas concepciones, sin que se genere confusión, con respecto a ellas, y sin que se pueda decir, propiamente, que se han generado prácticas marcadas con el sincretismo cultural.

6. Así, frente a esta definición pragmática, los pueblos indígenas se han visto en la necesidad de entender los dos códigos culturales, las dos visiones del derecho, y aplicarlas de acuerdo al caso, entendiendo que su eficacia es lo que cuenta. Entendiendo, en la práctica del derecho ladino, un espacio que permite sobrevivir y lograr sus objetivos.
7. Para la Fundación Menchú, este entrelazamiento de las prácticas indígenas y ladinas del derecho ha sido el resultado de un largo aprendizaje, acumulado por siglos de tradición oral, en los que de una generación a la siguiente se ha consumado la apropiación de los mecanismos de funcionamiento del sistema jurídico propio y el externo a la comunidad.<sup>41</sup>

En las propuestas de Reformas Constitucionales, que lamentablemente no prosperaron, desde la perspectiva indígena se planteó:

El Estado reconoce el derecho consuetudinario indígena, entendido como las normas, principios, valores, procedimientos, tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas para la regulación de su convivencia interna; así como la validez de sus decisiones, siempre que la sujeción al mismo sea voluntaria y que no se violen derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, los tratados y convenios internacionales, en materia de derechos humanos, aceptados y ratificados por Guatemala, ni se afecten intereses de terceros.<sup>42</sup>

Estas consideraciones, que devienen de lo que podríamos denominar la “visión interior” de los pueblos indígenas sobre su propio derecho y no el

<sup>41</sup> Fundación Vicente Menchú, “Cosmovisión y prácticas jurídicas indígenas”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *IV Jornadas Lascasianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas*, México, UNAM, 1994, pp. 67-72.

<sup>42</sup> En torno al debate sobre la constitucionalidad del derecho indígena, se argumentó a favor: “Mienten al argumentar que legalizar los derechos indígenas nos llevará a una guerra étnica... Faltan a la verdad quienes sostienen que las reformas constitucionales provocarán la desmembración del Estado... Es falso que reconocer derechos específicos a los indígenas contraviene el principio de igualdad ante la ley... Reconocer la diversidad del país en la Constitución es legítimarla, no conculcarla”, Ferrigno, Víctor, “El petate del muerto”, *Prensa Libre*, Guatemala, Cabildo Abierto, 1o. de mayo de 1999.

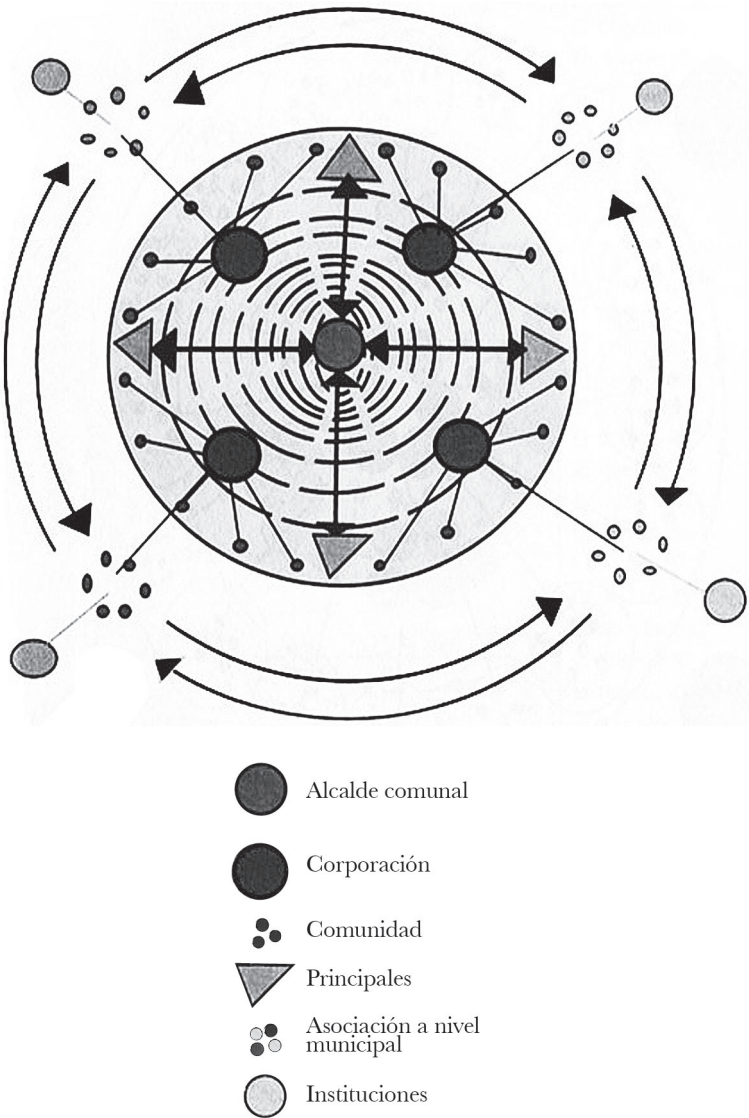
derecho impuesto del Estado nacional, implican que su existencia es fundamental para el mantenimiento de su autonomía como pueblos. En el diplomado para dirigentes comunitarios indígenas que impartí en la Universidad de San Carlos de Guatemala, se apuntó: “Uno de los aportes más importantes obtenidos de las entrevistas es el que se refiere a comparar el derecho maya con un ave, a la cual no se le pueden cortar las alas, mucho menos su libertad”.<sup>43</sup>

Sobre la problemática de la administración de justicia penal, recientemente con el apoyo del Consejo de Investigaciones para el Desarrollo de Centroamérica, presente el trabajo *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*.<sup>44</sup>

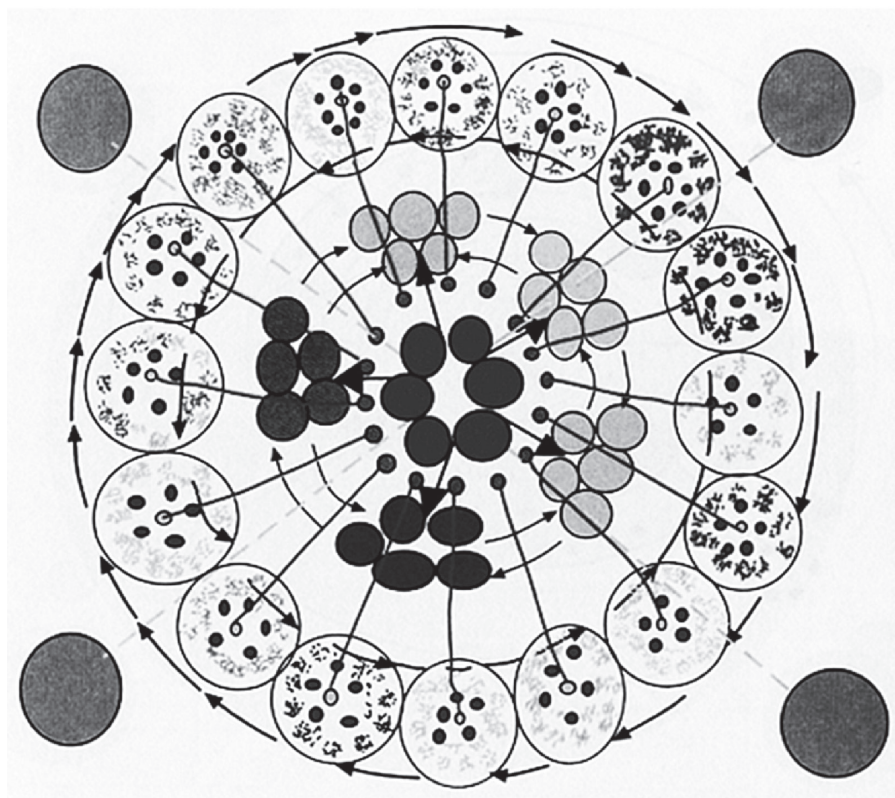
<sup>43</sup> Xiloj Herrera, Anavella *et al.*, *Análisis del Proyecto de Estatutos Jurídicos de los Pueblos Indígenas de Guatemala. Reflexiones y aportes para el debate*, Diplomado de Comunitarios Indígenas en Derecho de los Pueblos Indígenas en torno a sus Derechos, Guatemala, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas y USAC, Facultad de Derecho, julio de 2000, p. 13.

<sup>44</sup> Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Justicia y pueblos indígenas. Crítica desde la antropología jurídica*, Guatemala, Magna Terra Editores, 1997.

Gráfica de función de los alcaldes comunales  
y sus corporaciones hacia fuera



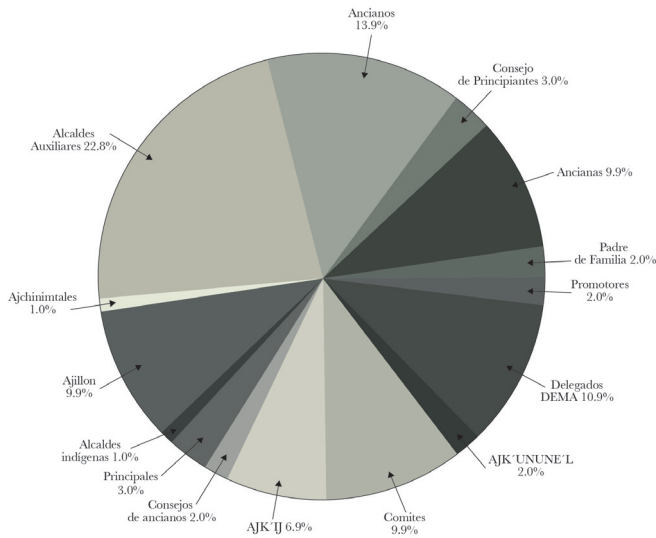
Gráfica de función de la Directiva de alcaldes comunales  
hacia las comunidades



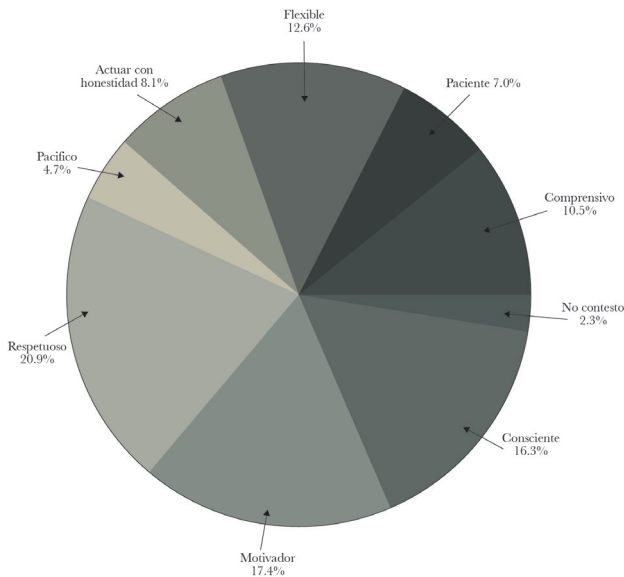
-  Junta Directiva de Alcaldes Comunales
-  Consejo de Alcaldes Comunales
-  Otras Autoridades representadas en la Junta Directiva
-  Comunidades
-  Corporaciones Comunales
-  Instituciones gubernamentales y no gubernamentales

AUTORIDADES FACILITADORAS

Autoridades que arreglan problemas en su comunidad



Actitudes que asume la autoridad al arreglar los problemas



## HANS Kelsen Y LA SOCIOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO

Antonio PEÑA JUMPA\*

SUMARIO: I. *Kelsen y la justicia*. II. *La racionalidad e irracionalidad del concepto de justicia*. III. *La justicia absoluta y la justicia relativa*. IV. *Balanced: la justicia kelseniana y la sociología y antropología del derecho*. V. *Fuentes*.

Hans Kelsen (1881-1973) es el más reconocido pensador del derecho positivo en Latinoamérica. Si bien algunos lo hemos criticado por sustentar una posición extrema del positivismo a través de su teoría pura del derecho, otros le han agradecido su gran contribución a través de su teoría del derecho jerárquico y su propuesta de un tribunal constitucional autónomo del Poder Judicial para garantizar dicha jerarquía. Sin embargo, ambos grupos de críticos hemos estudiado poco a Kelsen para juzgarlo. Ha faltado conocer más del Kelsen crítico y humano, que puede apreciarse en otras de sus contribuciones, como en su debate sobre el concepto de justicia.

En las siguientes líneas, a partir de uno de los libros de Hans Kelsen, y en particular de una cita de este libro, nos permitimos discutir el concepto de justicia y su relación con presupuestos básicos de la sociología y antropología jurídica. Dejamos constancia que la cita la hemos utilizado en un trabajo previo, cuando reiniciamos nuestras lecturas sobre este autor sirviéndonos de base para intentar la construcción de un marco teórico sobre la justicia.<sup>1</sup>

### I. Kelsen Y LA JUSTICIA

En un ensayo poco conocido en Latinoamérica, titulado *¿Qué es la Justicia?* (1982), Hans Kelsen analiza el concepto de justicia desde una perspec-

\* Facultad de Derecho, Universidad del Perú.

<sup>1</sup> Peña Jumba, Antonio, *Justicia comunal en los Andes: el caso de Calahuyo*, Lima, PUCP, 1998.

tiva amplia o flexible oponiéndolo a la posición clásica de los pensadores jusnaturalistas contemporáneos. Buscando dar sustento a su teoría positiva del derecho, el autor se desliza por una discusión teórica-filosófica que partiendo del pensamiento histórico de la cultura europea se centra en el pragmatismo de los hechos.

Lo particular de la obra se encuentra en cómo el autor cuestiona la doctrina del derecho natural o iusnaturalismo para sustentar la irracionalidad y el relativismo del concepto de justicia. Frente al carácter absoluto del concepto defendido por juristas y académicos importantes desde una posición iusnaturalista, Kelsen se refugia en los efectos prácticos acumulados históricamente para sustentar todo lo contrario:

Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es la falsa pretensión de establecer, en base a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana —la cual supone que solo hay un nivel de conducta justo, que excluye la posibilidad de considerar que el sistema opuesto puede ser justo también—. Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que *la razón humana solo puede acceder a valores relativos*. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario. *La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre*. Desde el punto de vista del conocimiento racional, no existen más que intereses humanos y, por tanto, conflicto de intereses. La solución de estos conflictos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento del otro o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. Es imposible demostrar que solo una de las dos soluciones es justa. Una u otra pueden ser justas según las circunstancias. Si tomamos la paz social como fin último, y solo entonces, la solución del compromiso puede ser justa, pero la justicia de la paz es (también) una justicia únicamente relativa y no absoluta (cursivas añadidas).<sup>2</sup>

Las afirmaciones de Kelsen en la cita nos conducen por una variedad de temas controvertidos. No es nuestro propósito desarrollar todos, sino poner énfasis en aquellos que nos orientan a una apreciación diferente al pensamiento clásico y sobre todo por su vínculo con concepciones como los de la sociología y la antropología jurídica. Entre estos temas consideramos:

- La racionalidad o irracionalidad del concepto de justicia.
- La opción por una justicia relativa en contraposición de la justicia absoluta.

<sup>2</sup> Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982, pp. 58 y 59.

A continuación nos ocupamos de cada uno de estos temas buscando interpretar el pensamiento de Hans Kelsen. Al final haremos un balance buscando relacionar los contenidos de este pensamiento con conceptos semejantes de la sociología y la antropología del derecho.

## II. LA RACIONALIDAD E IRRACIONALIDAD DEL CONCEPTO DE JUSTICIA

Kelsen sostiene que el concepto de justicia es irracional porque es absurdo alcanzar o crear una norma absolutamente correcta que guíe la conducta humana: “Si algo demuestra la historia del pensamiento humano, es que es falsa la pretensión de establecer, en bases a consideraciones racionales, una norma absolutamente correcta de la conducta humana —lo cual supone que solo hay un nivel de conducta humana justo, que excluye la posibilidad que el sistema opuesto pueda ser justo también—...”.<sup>3</sup>

¿Qué es una consideración o criterio racional? ¿Qué es lo racional? Kelsen tiene la herencia de toda la cultura europea occidental para definir este criterio. Se trata de una manera de pensar aplicada a nuestros actos. Siguiendo a Max Weber,<sup>4</sup> se trata de aquella acción que es tomada de acuerdo con fines o valores descartando lo afectivo o tradicional (actuación por sentimientos o por mera costumbre).

Esta consideración o criterio racional se ha construido con el paso del tiempo y desde distintas percepciones. Primero fueron los filósofos, religiosos, historiadores y/o artistas los que lo gestaron, luego serían los sociólogos, políticos, economistas, psicólogos y hasta abogados los que lo consolidaron. En todos estos campos se logra reconocer un actuar racional como el ideal de nuestros tiempos, y que no es otro que el actuar “moderno”. Lo racional está vinculado a lo moderno. El que actúa racionalmente, actúa modernamente.

En este contexto de lo racional es imposible establecer una norma absolutamente correcta de la conducta humana, según Kelsen. Pero, esta afirmación es más realista que ideal. Lo racional busca uniformizar, generalizar, sintetizar, producir en masa, como también regular en masa. En cambio, Kelsen sostiene que no se puede regular en masa universalmente. Es un ideal establecer una regla de conducta única, pero ello no ha existido ni podrá existir en tanto existan grupos humanos diferentes y personas diferentes. Kelsen es consciente de toda esta realidad.

<sup>3</sup> *Idem.*

<sup>4</sup> Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.



A nivel de los individuos, Kelsen hace una reflexión sencilla: si existiera una sola norma o regla correcta de la conducta humana, solo habría un nivel de conducta humana justo, entonces no habría razón de que exista su opuesto, lo injusto. En este contexto simple y llanamente no habría conflictos. Así, ante una disputa de dos comuneros por la propiedad o posesión de un terreno, de existir la norma correcta única, solo uno de los comuneros tendría la razón, excluyéndose toda posibilidad de que el otro la tenga también. Es decir, se consigue una respuesta verdad-falsedad. Pero, ¿el solo hecho que cualquiera de los dos comuneros discutan esa propiedad o posesión no hace que tenga algo de razón y por tanto algo de verdad? ¿Qué garantiza que el mediador o juzgador coincida con esa norma correcta y con la razón y la verdad aparentemente única?

Con esta reflexión lo que se consigue es cuestionar el carácter absoluto o universal del concepto de justicia. De ahí que Kelsen sostenga: "...La justicia absoluta es un ideal irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre....".<sup>5</sup>

Visto racionalmente o modernamente no existe la justicia única, absoluta, sino varios conceptos de justicia, una diversidad de justicias. Frente al conflicto de propiedad o posesión antes mencionado, puede ocurrir que uno de los comuneros entienda que el terreno en disputa lo heredó de su padre o su madre, mientras el otro entiende que ese terreno no se puede heredar y que fue la propia comunidad la que se lo asignó. Cada uno tiene una razón diferente de la justicia, y seguro esa razón es compartida con sus familiares o parentela. Al final se trata de la confrontación de dos aspiraciones o conceptos de justicia.

Ello confirma que el concepto de justicia sea solo una ilusión, si se piensa como único y absoluto.

### III. LA JUSTICIA ABSOLUTA Y LA JUSTICIA RELATIVA

La reflexión anterior nos conduce a otra reflexión aún más radical. El concepto de justicia es relativo. Si racionalmente no podemos hablar de un único concepto de justicia o de la justicia en términos absolutos, entonces racionalmente el concepto de justicia es relativo. Así lo destaca Kelsen: "...Si algo podemos aprender de las experiencias intelectuales del pasado, es que *la razón humana solo puede acceder a valores relativos*. Y ello significa que no puede emitirse un juicio sobre algo que parece justo con la pretensión de excluir la posibilidad de un juicio de valor contrario...".<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 58 y 59.

<sup>6</sup> *Idem.*

La razón del ser humano es limitada como su propia existencia. Nadie vive eternamente, pero más aún el propio ser humano no es único en toda su existencia: cambia conforme su proceso de aprendizaje y conforme sus ciclos de vida. Con estos cambios también cambia su razón, lo que hace que esta tampoco sea permanente o eterna en el tiempo. Pero este proceso se complejiza aún más cuando la razón de una persona se confronta con la razón de otra persona y la razón de un tercero. ¿Quién tiene la razón “verdadera” si los tres tienen limitaciones o procesos de cambios en sus razones respectivas?

Si la razón humana cambia y se confronta con otras, la posibilidad de construir una razón absoluta o un valor absoluto es nuevamente una ilusión. Se puede aspirar o intentar construir este valor absoluto, pero de ahí a lograrlo es un sueño. Sin embargo, esto no excluye que existan los valores. El intento del ser humano de alcanzar una razón o valor absoluto hace que en el camino se construyan valores aceptados consensualmente por grupos, dependiendo de los cambios o ciclos de vida de las personas que componen el grupo, pero nunca la razón o el valor único.

De ahí que Kelsen sustente que el ser humano con su razón solo puede acceder a valores relativos. Estos son valores que identifican los intereses de un grupo de personas o parte de un grupo de personas, pero nunca de “todas” las personas. Aquí Kelsen es nuevamente realista más que ideal. Volviendo al ejemplo de la disputa de dos comuneros por la propiedad o posesión de un terreno, podemos comprender que ambos aspiran a una solución, a que se les reconozca la propiedad o posesión del terreno a su favor. En ambos no existen más que intereses humanos, que no son otros que conflictos de intereses, como señala el mismo Kelsen. Si cada parte tiene su razón, entonces intereses y razón se juntan en el conflicto.

¿Cómo se soluciona el conflicto? Kelsen nos entrega dos posibilidades: se satisface un interés o razón en detrimento de la otra, o se consigue un compromiso entre los intereses en pugna. Estas dos posibilidades o posibles soluciones son *relativas*, diría Kelsen, porque el solo hecho que diferentes personas estén en conflicto genera más de una razón válida con posibilidades que cualquiera de ellas se declare justa. Pero, más que ello, ocurre que el propio compromiso asumido por las partes hace que sus intereses y razones sean relativos porque para alcanzar tal compromiso fueron recortados o limitados en parte. De ahí que Kelsen resalte:

...Es imposible demostrar que sólo una de las dos soluciones es justa. Una u otra pueden ser justas según las circunstancias. Si tomamos la paz social

como fin último, y solo entonces, la solución del compromiso puede ser justa, pero la justicia de la paz es (también) una justicia únicamente relativa y no absoluta...<sup>7</sup>

Sea que se satisfaga los intereses o la razón de una de las partes en conflicto, o sea que ambas partes en conflicto arriben a un compromiso o transacción, en ambos supuestos la justicia es relativa. Si se satisface a una de las partes, no se está seguro si los intereses y la razón de la otra parte fueren injustos. Si se arriba a un compromiso o transacción, no se descarta que parte del sacrificio de intereses de una de las partes o parte de los intereses aceptados de la otra no hayan dejado de ser justos o injustos respectivamente. Incluso, tomando como fin último del compromiso o transacción de las partes la paz social, más allá de los intereses de las partes, encontramos que esa paz social es relativa. Nada garantiza que al día siguiente las partes puedan “pensar de manera distinta o entrar —por otros intereses— en el mismo conflicto”.<sup>8</sup>

De ahí que Kelsen resalte que cualquier solución será justa dependiendo de las circunstancias. Si en el conflicto de los dos comuneros por la propiedad o posesión de un terreno se comprueba que uno de ellos recurre a documentos o afirmaciones falsas para sustentar sus intereses, el órgano de resolución no negará otorgar la justicia a la otra. Pero si ambos tienen razones válidas en la sustentación de sus intereses, el compromiso, transacción o “arreglo” por el que acuerdan dividirse el terreno en partes proporcionales a la validez de sus intereses, se presenta como una justicia compartida. En ambos supuestos son las circunstancias las que definen la orientación de la justicia, confirmando la relatividad del concepto.

#### IV. BALANCE: LA JUSTICIA KELSENIANA Y LA SOCIOLOGÍA Y ANTROPOLOGÍA DEL DERECHO

El concepto irracional y relativo de la justicia de Hans Kelsen, lo hace apropiado para intentar su reflexión desde otras concepciones o corrientes del derecho. Si bien Kelsen focaliza su análisis en el conflicto interpersonal de dos o más personas, su análisis es también aplicable a los conflictos intergrupales. Por ejemplo, el conflicto de una empresa con una comunidad rural, o de una comunidad rural con el Estado. Lo irracional y relativo del concepto de justicia se aplica en ambas situaciones.

<sup>7</sup> *Idem.*

<sup>8</sup> Peña Jumba, Antonio, *op. cit.*, p. 47.

Pero más allá de las partes del conflicto, interesa resaltar los efectos del contenido de lo irracional y lo relativo del concepto de justicia para la doctrina jurídica en general. En este caso, el análisis de Kelsen coincide sobremedida con los postulados y la teoría de la sociología y la antropología del derecho. El mejor ejemplo es la coincidencia con la teoría de Karl von Savigny, gestor de la Escuela Histórica del derecho alemán, y fundador de la sociología y antropología del derecho, según Posposil.<sup>9</sup> Hernández Gil destaca tres postulados generales que identifican la Escuela Histórica de Savigny:

1o. Empirismo: el derecho se presenta como algo externo, real, dado, objetivo; su conocimiento se deriva de la experiencia. No existen principios jurídicos *a priori*, es decir, independientes de la experiencia, con valor axiomático.

2o. Causalidad y determinismo: todo fenómeno tiene una causa... Los actos humanos están ligados de tal forma que lo posterior está determinado por lo anterior. El derecho en su formación y transformación, está regido por tales leyes...

3o. Irracionalismo y relativismo: el derecho es un cuerpo orgánico, natural. Así surge y vive, en constante producirse, hacerse y rehacerse; sometido, pues, a mutaciones que nada respetan.<sup>10</sup>

Si tenemos en cuenta que Kelsen hace alusión permanentemente a la “historia del pensamiento humano”, a las “experiencias intelectuales del pasado” y a “las circunstancias” (ver cita) veremos que no es ajeno al postulado del empirismo destacado por Savigny. Igualmente, la constante referencia a la razón humana por parte de Kelsen, a un actuar de acuerdo con fines o valores, pero basado en la razón, no hace sino coincidir con el postulado de la causalidad y el determinismo de Savigny. En otro sentido, el hecho de destacar la irracionalidad y el relativismo del concepto de justicia, no hace sino confirmar el último postulado citado donde el derecho puede equipararse a un cuerpo orgánico. Al final, los tres postulados de Savigny parecieran encontrarse en el pensamiento de Kelsen. Kelsen coincide con Savigny en aplicar su pensamiento para criticar y reflexionar el concepto de justicia.

Si aceptamos que Savigny es el fundador de la sociología y antropología del derecho, y que su pensamiento se resume a los postulados anteriormente señalados, podemos afirmar también que Kelsen coincide con la ideología de la sociología y antropología del derecho al coincidir con el pensamiento de Savigny.

<sup>9</sup> Posposil, Leopold, *Anthropology of law, a comparative Theory*, Nueva York y otros, Harper and Row Publishers, 1971.

<sup>10</sup> Hernández Gil, Antonio, *Metodología del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945, p. 71.

Si bien Kelsen es reconocido por su teoría pura del derecho o su teoría jerárquica del derecho, cabe tener presente que estas teorías no pudieron desarrollarse si es que antes o al mismo tiempo su autor no compartiera una visión amplia del derecho y la justicia. Esto justifica su coincidencia con Savigny en cuanto al empirismo, causalidad e irracionalismo y relativismo del derecho y la justicia. Lo que significa que la sociología y la antropología del derecho estuvieron en la mente de Kelsen, aunque este no sea considerado sociólogo o antropólogo.

#### V. FUENTES

HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1945.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, Barcelona, Ariel, 1982.

PEÑA JUMPA, Antonio, *Justicia comunal en los Andes: el caso de Calahuyo*, Lima, PUCP, 1998.

POSPOSIL, Leopold, *Anthropology of law, a comparative Theory*, Nueva York y otros, Harper and Row Publishers, 1971.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

## ANEXO

### RED LATINOAMERICANA DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA

#### I. RECONOCIDOS ESPECIALISTAS ANALIZARON PROBLEMÁTICAS ACTUALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, INTERCULTURALIDAD Y DERECHOS COLECTIVOS EN PERÚ Y LATINOAMÉRICA

Perú y diversos países latinoamericanos vienen afrontando una serie de fenómenos sociales y culturales que involucran principalmente a los pueblos indígenas (amazónicos y andinos) y que han obligado a los Estados la adopción de diversas decisiones políticas, legislativas y constitucionales sobre estas nuevas realidades que cada vez adquieren un inusual protagonismo en las sociedades latinoamericanas.

Actualmente, en la región se debate acerca del derecho a la consulta y mecanismos de participación, situaciones de conflicto entre los derechos territoriales de los pueblos indígenas y las actividades extractivas, el desencuentro entre desarrollo y derechos indígenas, la relación con el Estado, entre otros, todos los cuales se insertan en repensar el papel del Estado y el derecho en el contexto actual, evidenciando los aportes de la antropología jurídica en estas realidades.

Esta temática será tratada ampliamente en el VII Congreso Internacional: un reto para nuestras sociedades: identidades, interculturalidad, pluralismo jurídico y derechos colectivos, organizado por la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju), a realizarse en el campus de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

#### II. ¿QUÉ ES RELAJU?

La Relaju es una red académica que nace en 1997 en Quito, y desde entonces se ha venido reuniendo bianualmente. Está integrada por profesionales de derecho, antropología y otras ciencias sociales, así como por activistas y dirigentes sociales de Latinoamérica que hacen una sistematiza-

ción reflexiva sobre sus prácticas, y por latinoamericanistas de otros continentes. La Relaju estudia la relación entre cultura y derecho en sociedades plurales, promueve el uso de herramientas metodológicas interdisciplinarias y el desarrollo de teorías críticas. Trabaja temas relativos a la diversidad sociocultural y la pluralidad de sistemas normativos, identidades, democracia, género, participación política, derechos indígenas, conflictos en torno a actividades extractivas en territorios indígenas en los nuevos contextos de globalización, entre otros.

*¿Qué temas se abordaron en el Congreso?*

El congreso contó con tres actividades: el curso pre-el congreso, tres coloquios y el Congreso, que constó de 27 mesas temáticas. Entre los temas que se abordaron están:

- Globalización.
- Derechos indígenas.
- Reforma del Estado y de la justicia.
- Pluralismo jurídico.
- Conflictos territoriales, derechos colectivos y actividades extractivas.
- Protección de los derechos en el Sistema Interamericano y ONU.
- Género.
- Interculturalidad.

### III. ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE HABLAR DE ANTROPOLOGÍA JURÍDICA HOY?

*¿Cuáles son los temas actuales de la agenda nacional y regional?*

- Conflicto entre distintas visiones de desarrollo.
- Derecho de consulta previa, consentimiento, participación.
- Actividades extractivas en territorios indígenas: conflictos entre Estados, empresas, comunidades.
- Reformas de la justicia y el Estado en contextos de globalización.
- Choques de interculturalidad.
- Discriminación.
- Nuevos roles de género.
- Justicia comunitaria y derecho indígena, rondas campesinas.
- Nuevas demandas de participación política.

*¿Estamos preparados para encarar estos problemas?*

¿Qué debemos saber los/as comunicadores sobre estos temas?

¿Qué deben saber los legisladores?

¿Cuál es el papel de los jueces ante estos conflictos? ¿Conocemos las sentencias de la Corte Interamericana? ¿Sabemos sus efectos?

¿Cuál es el papel de los gobiernos ante nuevas demandas indígenas?

¿Cuáles son las experiencias en otros países?

¿Cuáles han sido los principales cambios de las reformas constitucionales de los últimos tiempos?

¿Cuál es el papel de la cooperación internacional?

¿Se tocan estos temas en los centros de formación?

#### IV. ¿POR QUÉ SURGE RELAJU?

Desde 1997, una red de académicos/as de la región empezó a reunirse para tratar estos temas, para estudiar la relación entre cultura y derecho, y para ofrecer respuestas adecuadas. Así surgió la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (Relaju) que, hasta la fecha, ha realizado 6 congresos: Quito 1997, Arica 2000, Guatemala 2002, Quito 2004, México 2006 y Colombia 2008. Perú será la sede del VII Congreso Internacional este año, y la Sección Peruana de Relaju será la organizadora de este encuentro internacional.





*Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 5 de diciembre de 2013 en Impresión Comunicación Gráfica S. A. de C. V., Manuel Avila Camacho 689, col. Santa María Atzahuacán, delegación Iztapalapa, 09500 México, D. F.. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros; consta de 250 ejemplares (impresión *offset*).