

MUNICIPIO Y PUEBLOS INDÍGENAS, ¿HACIA UN MESTIZAJE JURÍDICO?

José ROLDÁN XOPA*

I. *Introducción.* II. *Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y municipio.* III. *Municipio y derecho indígena.* IV. *Pluralismo y derecho.*

I. INTRODUCCIÓN

El resurgimiento del debate acerca de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas, pone nuevamente sobre la mesa la necesidad de discutir, pero sobre todo, profundizar en las diversas implicaciones que estas últimas tendrán. En tanto la cualificación que adquirirá el orden normativo indígena será la de derecho positivo —según sea el ámbito en el que los pueblos hagan valer su autonomía—, se producirá un contraste entre dos órdenes jurídicos con zonas de encuentro de distinto tipo. Si se atiende, por una parte, que el derecho indígena es fundamentalmente consuetudinario y, por la otra, que tiene un sustrato comunitario sustentado en cosmovisiones particulares que, *prima facie*, difieren del orden jurídico general, es factible que se localicen conflictos que es necesario explicitar y, en su caso, perfilar las formas de su tratamiento jurídico. Ante tal posibilidad, el modo de incorporación a la Constitución es de primordial importancia, ya que al ser ésta el fundamento de validez de la totalidad del orden jurídico, incluyendo su componente indígena, tiene entre sus funciones primordiales preservar la unidad nacional; dicha función se objetiviza a través de los medios de control constitucional, que hacen posible lo viable de su justicia, así como su efectividad normativa.

Uno de los aspectos más importantes, pero curiosamente más desatendido en el debate, es el de los sujetos que ejercerán la autonomía. El término “pueblo” se vuelve, en términos jurídicos, un referente que per-

* Profesor de derecho administrativo del Instituto Tecnológico Autónomo de México.

mite identificar dadas las características de sus elementos humanos a una serie de sujetos (el pueblo mismo) en los que se realizará la normatividad indígena; el municipio ha sido perfilado como un sitio privilegiado para ello. El encuentro entre “lo indígena” y “lo no indígena” no podría ser más rico en implicaciones: un orden normativo de raíz prehispánica como parte del orden jurídico de una creación hispánica; el municipio como uno de los ámbitos de manifestación de la autonomía de los pueblos indígenas y como uno de los ámbitos de gobierno del Estado mexicano; el municipio como ámbito de creación y aplicación del orden normativo indígena y el municipio como ámbito de actuación de lo público sujeto al principio de legalidad.

Además, el municipio como forma de expresión de la autonomía del pueblo indígena tiene una forma diversa de articulación que la de éste; pues mientras el pueblo como expresión de una colectividad se construye a partir de los elementos humanos cuyas características de ascendencia y conservación de instituciones, políticas, sociales, culturales y económicas les dan pertenencia e identidad; el municipio se construye como un orden jurídico establecido sobre un ámbito territorial y aplicado por un conjunto de órganos. De esta suerte, mientras un orden normativo que opera en el pueblo tiene vigencia únicamente para sus componentes humanos, siendo inaplicable para quienes no comparten sus elementos de pertenencia e identidad, precisamente por no ser integrantes del pueblo; en el caso del municipio, el ámbito personal de validez es distinto, las normas jurídicas del orden municipal se aplican sobre las personas por circunstancias diversas a la del pueblo, pudiendo ser por su residencia, domicilio, propiedad, o por la simple localización personal en su territorio. En estas condiciones, el derecho indígena, en tanto derecho municipal, se aplicará, *grosso modo*, a las personas en tanto *población* del municipio, independientemente de su pertenencia al *pueblo*.

Si bien el empleo del dualismo “indígena” y “no indígena” tiene como utilidad señalar los rasgos genéricos de dos órdenes normativos de diversa procedencia, la juridificación del primero (su conversión a derecho positivo) tiene también como consecuencia su conformación como parcela del derecho nacional. No obstante su diversidad (su carácter consuetudinario, su énfasis comunitario, etcétera), la recepción legal y constitucional que del mismo se hace, desencadena un proceso de ubicación en el sistema de fuentes del derecho mexicano, cuya base común de validez es la Constitución. Se verifica, pues, más que un proceso de pluralismo

mo jurídico, una vía de mestizaje jurídico, en el que el dualismo tiende a disolverse.

El propósito de este trabajo es examinar varias de las manifestaciones previsibles con la recepción del derecho indígena en el nivel municipal. Para tal efecto, se partirá de las diferentes consideraciones que en torno al municipio se hicieron en los Acuerdos de San Andrés, por ser el documento que contiene las bases para conocer la función que se asigna al municipio en el contexto de los acuerdos celebrados por el gobierno y el EZLN, y en menor medida de las experiencias que se han tenido en el ámbito local, en los que ya se ha legislado al respecto.

Para tratar las manifestaciones anotadas, seguiremos un orden que partirá, en primer término, de la relación entre municipio y autodeterminación y autonomía de los pueblos indígenas; a continuación se establecerá la diversa expresión jurídica de los pueblos y los municipios, y finalmente nos detendremos en las diversas manifestaciones que tendrá la recepción del derecho indígena en el orden jurídico municipal.

II. LIBRE DETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y MUNICIPIO

La primera tarea será la de intentar precisar qué función tiene en el municipio, dentro de la concepción de libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas, en los Acuerdos de San Andrés.¹ Este documento contiene una serie de referencias relativas a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas. De la lectura del documento y de las partes específicas, se observa que la idea es recogida del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, del cual México es parte; la identificación de su fundamento es relevante para determinar su significación, particularmente su deslinde del que tiene en derecho internacional; al respecto, el Convenio es terminante: el concepto de libre determinación no corresponde al utilizado en derecho internacional, que es el fundamento para establecer Estados soberanos. En consecuencia, la libre determinación, y su expresión, la autonomía, opera en los marcos del Estado na-

1 Este documento es el resultado de los acuerdos tomados entre el EZLN y los representantes del gobierno federal sobre el primer tema general "Derechos y cultura indígena", de los cuatro acordados en la llamada "Declaración de San Miguel". Los Acuerdos de San Andrés fueron firmados el 16 de febrero de 1996.

cional y los pueblos indígenas son parte del pueblo mexicano.² Al respecto, los Acuerdos de San Andrés son explícitos:

El derecho a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente. El marco constitucional de autonomía permitirá alcanzar la efectividad de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos con respecto a su identidad.³

Acotado que ha sido el ámbito nacional en el que se expresa la libre determinación, el siguiente paso es determinar la función que al interior del orden jurídico nacional tiene. *Primero*, existe una relación de correspondencia entre la libre determinación y el propio pueblo indígena; *segundo*, que lo anterior posibilita decidir al interior acerca de la organización sobre un conjunto de relaciones sociales (políticas, sociales, económicas y culturales); *tercero*, que ese espacio de actuación es protegible (hay pues una situación de oposición frente a actuaciones que vulneren ese espacio); finalmente, que la libre determinación está sujeta a condiciones, primordialmente al marco constitucional de autonomía.

En cuanto al primer aspecto, esto es el ámbito humano en el que reside la libre determinación, requiere de identificación. Al respecto, los Acuerdos de San Andrés acogen la definición que de pueblo indígena adopta el Convenio 169 de la OIT:

(los pueblos indígenas) ...son los que descienden de poblaciones que habitaban en el país en la época de la conquista o la colonización y del establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones.⁴

2 Al menos en la postura del EZLN, la diferencia no desconoce la pertenencia al pueblo mexicano: "Así es el México que queremos los zapatistas. Uno donde los indígenas seamos indígenas y mexicanos, uno donde el respeto a la diferencia se balancee con el respeto a lo que nos hace iguales... Uno donde en los momentos definitorios de nuestra historia, todas y todos pongamos por encima de nuestras diferencias lo que tenemos en común, es decir, el de ser mexicanos". "Discurso de la comandanta Esther, pronunciado en el Palacio Legislativo de San Lázaro, el 28 de marzo de 2001", *Perfil, La Jornada*, 29 de marzo de 2001, p. II.

3 Parte final del punto 3. 1. de los "Compromisos del gobierno federal con los pueblos indígenas".

4 Punto I de "Compromisos del gobierno federal con los pueblos indígenas".

Así, la identificación de tales pueblos radica fundamentalmente en las características de sus componentes, tanto por la ascendencia de quienes pudieran resultar sus actuales integrantes como por el mantenimiento de ciertas identidades, tienen conciencia de las mismas y voluntad de preservarlas.⁵ Independientemente de que los anteriores criterios para ubicar a tales componentes humanos pudieran contener sus propias dosis de indeterminación, lo relevante para nuestros efectos, es que de cualquier manera identifican grupos humanos con determinadas características étnicas y sociales. Aun cuando la consecuencia pudiera parecer chocante, ya que establece una diferencia racial, el conjunto de criterio permite establecer el ámbito personal de lo que compone la parcela normativa “indígena”.

Así las cosas, si consideramos que la libre determinación opera, por una parte, hacia el interior del grupo humano (manifestación interna), es decir del pueblo, tendríamos, por ejemplo, que el pueblo náhuatl tendría la libre determinación para decidir sus formas de organización (siempre dentro de los límites constitucionales), pero que las mismas en tanto conciernen al grupo humano, no rigen para quienes no forman parte de él, aun cuando son, por otra parte, y esa es su manifestación externa, oponibles, en tanto crean situaciones jurídicas reconocidas por el ordenamiento nacional.

Ahora bien, la expresión de la libre determinación, esto es, la autonomía, introduce una nueva dimensión al problema; dependiendo de los modos en que se ejerza, puede rebasarse el ámbito del pueblo para comprender como modos de expresión, a niveles o subniveles de gobierno (municipio y comunidad), y, por tanto, a quienes con la sola definición de pueblo no estaban comprendidos, pero sí en el de municipio o comunidad.

Libre determinación. El Estado respetará el ejercicio de la libre determinación de los pueblos indígenas, en cada uno de los ámbitos y niveles en que harán valer y practicarán su autonomía diferenciada, sin menoscabo de la soberanía nacional y dentro del nuevo marco para los pueblos indígenas. Esto implica respetar sus identidades, culturas y formas de organización social. Respetará, asimismo, las capacidades de los pueblos y comunidades indígenas para determinar sus propios desarrollos. Y en tanto se respeten el interés nacional y público, los distintos niveles de gobierno e instituciones del Estado mexicano no intervendrán unilateral-

5 Cfr. Punto 2. II de Propuestas conjuntas que el gobierno federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de Debate y Decisión Nacional, correspondientes al punto 1.4. de las Reglas de Procedimiento, de 1996.

mente en los asuntos y decisiones de los pueblos y comunidades indígenas, en sus organizaciones y formas de representación, y en sus estrategias vigentes de aprovechamiento de los recursos naturales.⁶

Según lo dicho anteriormente, la libre determinación tiene diversos niveles o ámbitos en los que se hará valer, a saber hasta el momento: el pueblo, el municipio y la comunidad. Al igual que la libre determinación, el ejercicio de la autonomía se da dentro del marco que para el efecto se establezca en el ordenamiento jurídico. El siguiente párrafo de los Acuerdos de San Andrés es concluyente al respecto:

El reconocimiento de que en las legislaciones de los estados de la República, deben quedar establecidas las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones diversas y legítimas de los pueblos indígenas. En la determinación del marco jurídico y en la definición de las particularidades de la nueva relación del Estado con los indígenas, el Poder Legislativo será decisivo. El gobierno federal propondrá al Congreso de la Unión que establezca un nuevo marco jurídico nacional para los pueblos indígenas, y a los congresos de los estados que consagren legalmente las especificidades que mejor reflejen las diversas situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas del país.⁷

Se deriva una modalización de la libre determinación y de la autonomía, según se trate del pueblo, o la que se ejerza en los municipios o en las comunidades indígenas. La distinción debe ser explicada con mayor amplitud, pues comprenden dos tipos de construcciones jurídicas, mientras el pueblo obedece a sus componentes individuales y sus características sociales, y que como conjunto no es necesariamente personificable; el municipio e incluso la comunidad se conforman como órdenes jurídicos establecidos sobre un ámbito territorial de validez, que se ejerce sobre un ámbito personal y que comprende un número determinado de competencias materiales determinadas jurídicamente; a diferencia del pueblo, al menos en el caso del municipio, se está ante un orden personificable. El deslinde es necesario ya que permitirá entender, al menos a nuestro juicio, la ubicación del llamado derecho indígena, así como los diversos problemas que suscita.

El siguiente texto de los Acuerdos de San Andrés es particularmente rico por las implicaciones derivadas de sus contenidos:

6 Número 5 de *Principios de la nueva relación*.

7 Número 3 de *Nuevo marco jurídico*.

Se propone al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los estados de la República, reconocer y establecer las características de libre determinación y los niveles y modalidades de autonomía, tomando en cuenta que ésta implica:

a) *Territorio*. Todo pueblo indígena se asienta en un territorio que cubre la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas ocupan o utilizan de alguna manera. El territorio es la base material de su reproducción como pueblo y expresa la unidad indisoluble de hombre-tierra-naturaleza.

b) *Ámbito de aplicación*. La jurisdicción es el ámbito espacial, material y personal de vigencia y validez en que los pueblos indígenas aplican sus derechos. El Estado mexicano reconocerá la existencia de los mismos.

c) *Competencias*. Se necesita configurar una atribución concurrente con las instancias de gobierno federal, estatal y municipal, así como una distribución de competencias políticas, administrativas, económicas, sociales, culturales, educativas, judiciales, de manejo de recursos y protección de la naturaleza entre estas instancias políticas de gobierno del Estado mexicano, a efecto de responder de manera oportuna a los requerimientos y demandas de los pueblos indígenas. Asimismo se requerirá especificar las facultades, funciones y recursos que sean susceptibles de ser transferidas a las comunidades y pueblos indígenas bajo los criterios establecidos en el apartado 5.2. del documento titulado “Pronunciamientos Conjuntos”, así como las diversas modalidades de participación de las comunidades y pueblos frente a las instancias de gobierno, a fin de interactuar y coordinar sus acciones con las mismas, particularmente a nivel municipal.

d) *Autodesarrollo*. Son las propias comunidades y pueblos indígenas quienes deben determinar sus proyectos y programas de desarrollo. Por eso, se estima pertinente incorporar en las legislaciones local y federal los mecanismos idóneos que propicien la participación de los pueblos indígenas en la planeación del desarrollo en todos los niveles; en forma tal que ésta se diseñe tomando en consideración sus aspiraciones, necesidades y prioridades.

e) *Participación en los órganos de representación nacional y estatal*. Ha de asegurarse la participación y representación políticas local y nacional de los pueblos indígenas en el ámbito legislativo y los niveles de gobierno, respetando sus diversas características socioculturales, a fin de construir un nuevo federalismo.

Como puede observarse, la referencia a territorio, ámbitos espaciales de validez y competencias, son consideradas en conjunto características de los órdenes jurídicos. Si las mismas hubiesen sido asignadas, sin la mediación de “los niveles y modalidades de autonomía”, se provocaría un fenó-

meno de traslapamiento entre ese orden jurídico indígena, y otros como los municipales o los estatales, ya que este último no se considera como un “cuarto nivel”; por tanto, sus rasgos distintivos (amén del problema espacial) tendrían que ser hallados a partir de materias e individuos sobre los que primariamente recae. Sin embargo, la presencia de esos diferentes niveles y modalidades hace que si bien se distinga un ámbito del “pueblo”, existan otras posibilidades en las que los ámbitos coinciden y se adecuan o al menos tienen una adecuabilidad potencial, a niveles propios del derecho no indígena, en particular el municipio y niveles submunicipales: *la comunidad*. En estos últimos, la operatividad de características como el territorio en su sentido de ámbito espacial de validez y el de competencias no resulta novedoso, y aun cuando signifique modalidades de los ya existentes, no altera, al menos en ese aspecto, la ortodoxia del funcionamiento de los niveles de gobierno federal, estatal y municipal.

El procedimiento de asignar los contenidos de la autonomía a los sujetos, según corresponda a su “naturaleza”, no elimina ni excluye que al pueblo se le puedan asignar características propias del orden jurídico, o si se desea emplear los términos más comunes, las características de los niveles de gobierno o de las personas morales de derecho público.⁸ Aun cuando ese no parece ser el propósito de los Acuerdos de San Andrés, el modo de redacción de sus párrafos podría dar lugar a esa interpretación, por lo que merece algún detenimiento. El debate social, e incluso el jurídico, ha insistido en que la reforma constitucional tiene el efecto de considerar al pueblo indígena como sujeto jurídico, sin que se suela profundizar en qué tipo de sujeto jurídico es, y particularmente de qué manera, en tanto sujeto, ejercer sus funciones jurídicas.

El planteamiento que se ha hecho obedece a que según sea la formulación jurídica que resulte, el derecho llevará a cabo la creación de efectos que no necesariamente corresponden a un reflejo de lo que acontece en la realidad. Esto es, que según sea el tipo de sujeto a construir jurídicamente, el pueblo indígena ejercerá de diversos modos los “derechos” previstos normativamente y, en consecuencia, tal modo de ejercicio tendrá su manifestación en la vida orgánica del pueblo. De esta suerte, si el pueblo indí-

8 El método parece ser el más apropiado, ya que bajo el rubro de “derechos” se ha colocado un conjunto de potestades jurídicas, parte de las cuales son derechos subjetivos y otras se colocan como competencias. Este aspecto ha sido tratado ya en el libro escrito en coautoría con Cossío Díaz, José Ramón y González Salas, José Fernando Franco, *Derechos y cultura indígena. Los dilemas del debate jurídico*, México, Miguel Ángel Porrúa Editores, 1998.

gena es considerado como un ámbito personal de validez, su actuación será descentralizada; es decir, sus miembros serán los depositarios de los derechos y estarán en aptitud, dada la especificidad de los derechos, de actuar como integrante del sujeto en tanto colectividad.⁹ Otra vía es la de dar alguna forma de expresión orgánica al pueblo; en específico, considerarlo como persona jurídica, el efecto de lo anterior sería centralizar la imputación jurídica y el ejercicio de las capacidades de tal persona; esto es, requeriría que tal persona actuara a través de sus órganos facultados. Esta última posibilidad se enfrenta ante una situación real, actualmente (en general) los pueblos indígenas carecen de esa unidad orgánica, por lo que el impacto de una regulación jurídica que los personifique, podría ser el de un incentivo que favorezca su reconstitución orgánica en tanto que hace necesario crear órganos de representación que actúen por el pueblo;¹⁰ por otra parte, existiría un efecto delicado, que mientras no existan tales órganos, habrá una persona jurídica sin que tenga vida de tal, y tal persona tendrá derechos sin que haya órganos facultados para ejercerlos.¹¹

Una cuestión adicional ligada a la personificación del pueblo es la del tipo de persona a crear. Al respecto, existen diversas alternativas que sean personas de derecho público, esto implicaría una estatalización de pueblo¹² o bien de carácter diverso, lo que posibilitaría la aplicación de un régimen distinto y una modalización de estatus que considerara ciertas prerrogativas (*vgr.* entidades de interés público).¹³

9 El modo de actuación señalado no es extraño al derecho, según se trate de situaciones individuales o colectivas pueden ser objeto de una serie de formas procesales para su ejercicio, sea a través de acciones individuales, en tanto miembros de una colectividad, o mediante acciones colectivas (*vgr.* las llamadas *class action*).

10 El proceso de designación de su representación introduce expresiones de poder en el pueblo. Consecuentemente, es factible pensar que aparecerá una escena de disputas, por el ejercicio de la titularidad de la representación del pueblo, y dependiendo del tipo de persona creada, la representación tendrá a su cargo la disposición de recursos, facultades de interlocución, ejercicio o disponibilidad de derechos y capacidad para comprometerla.

11 El caso de Oaxaca es un ejemplo con la reforma de su Constitución y la expedición de la ley reglamentaria en materia indígena, se consideró a los pueblos indígenas como personas morales de derecho público; sin embargo, a pesar de ese nuevo estatus, carecen todavía de una vida efectiva como tales.

12 Colocar a la persona jurídica en uno u otro terreno tiene como efecto sujetarlo a un régimen jurídico diverso; por ejemplo, si es de derecho público, podría ser beneficiado con la inembargabilidad de sus bienes, pero limitaría su acceso al amparo como medio de defensa.

13 El caso de los partidos políticos es prototípico, son organizaciones ciudadanas y cuentan con diversas prerrogativas tales como recursos públicos, acceso a medios de comunicación, participación en órganos del Estado, pero, por otra parte, tienen la posibilidad de acceder a los medios de defensa propios de los particulares o bien en ciertas materias específicas, a otras vías de control constitucional (acción de inconstitucionalidad en materia electoral).

Independientemente de lo anterior, importa también el tipo de capacidades o competencias de que se le dote a la persona jurídica; esto es, si los órganos del pueblo indígena cuentan con facultades para actuar como autoridad, afectando unilateralmente los derechos de terceros, entonces operaría la posibilidad de tratar a tales actos como provenientes de una potestad estatal, y por ende, susceptibles de ser combatidas como tales.¹⁴

¿Qué normas son las que se aplicarían al interior del pueblo? Parece que serían de dos tipos; unas que le serían dadas al pueblo por la regulación estatal que al respecto se establezca, sea constitucional (tanto nacional como estatal), como legal (federal, estatal, municipal); otras, las que en el ámbito de su libre determinación se dé el pueblo y que aplicaría directamente a sus miembros y crearía situaciones jurídicas reconocidas por el orden jurídico. La normatividad indígena adquiere así su espacio, delimitado y a la vez garantizado de ejercicio y que opera bajo la base común del derecho nacional: supremacía constitucional, principio de legalidad, derechos fundamentales y, particularmente, controles constitucionales.

III. MUNICIPIO Y DERECHO INDÍGENA

La autonomía indígena expresada en los Acuerdos de San Andrés, supone que la misma se ejerce en distintos niveles; el municipal es uno de ellos. El documento citado tiene diferentes referencias al municipio que nos auxilian en la comprensión:

- A fin de fortalecer el pacto federal es indispensable revisar a fondo no sólo las relaciones entre la Federación y los gobiernos estatales sino además, la relación de éstos y los municipios.
- Se propone la integración del municipio con población mayoritariamente indígena no como un tipo diferente de municipio, sino como aquel que en el marco del concepto general de esta institución política, permita, por un lado, la participación indígena en su composición e integración y al mismo tiempo fomente e incorpore a las comunidades indígenas en la integración de los ayuntamientos.

14 Se abriría, pues, la vía para que los actos emitidos por autoridades de los pueblos sean combatidas en amparo.

— En lo que hace a los municipios con población mayoritariamente indígena, reafirmando el pleno significado del municipio libre en que se sustenta el federalismo, se estima necesario que sean fortalecidos constitucionalmente, de tal manera que:

- a) Se les dote de funciones para garantizar el ejercicio de la autonomía a los pueblos indígenas,
- b) Se revise la organización prevista en la Ley Orgánica Municipal, para adecuarlos y orientarlos a los nuevos retos del desarrollo y, de manera particular, a las necesidades y nuevas formas de organización relacionadas con los pueblos indígenas.¹⁵

A partir de un criterio cuantitativo, con una mayoría de habitantes indígenas, el municipio se considera como un nivel en el que se expresa la autonomía. Ahora bien, el tránsito de la autodeterminación del pueblo a la autonomía ejercida en el municipio tiene un cambio de ámbitos en los que se insistirá: mientras el pueblo tiene un componente fundamentalmente personal; el municipio es un nivel de gobierno, un orden jurídico que se expresa en una organización político-administrativa (ayuntamiento, presidente municipal, consejo municipal, etcétera), se ejerce sobre un ámbito territorial y que cuenta con un sistema de fuentes.

La mayoría indígena es el punto que sustenta características distintivas al municipio, en particular la elección y remoción de autoridades de acuerdo con usos y costumbres y el otorgamiento de validez jurídica a instituciones y prácticas. Dicho en otros términos, independientemente de que sea la población de origen indígena la que ocupe los cargos de gobierno municipal, la normatividad indígena (en la hipótesis resultante de San Andrés) será la determinante para el procedimiento de integración de la titularidad de los órganos de gobierno, y también formará parte del sistema de fuentes del municipio.

Lo anterior dará una serie de combinaciones: funcionarios no necesariamente indígenas nombrados mediante usos y costumbres, y, por otra parte, una fracción del ordenamiento municipal de origen consuetudinario susceptible de aplicarse a no indígenas. Cualquiera que sea la combinación considerada, tenemos que la normatividad indígena excede los límites del pueblo, que es su receptáculo inicial. La transfronterización del derecho

15 Últimos párrafos del punto II. 4. de la parte Propuestas conjuntas.

indígena a sujetos no componentes del pueblo es, quiérase o no, una manifestación de mestizaje jurídico. La normatividad indígena convertida en derecho positivo recibe las creaciones occidentales de supremacía constitucional, principio de legalidad, derechos fundamentales, control constitucional; el derecho “occidental” recibe a un orden consuetudinario y le asigna un espacio en su sistema de fuentes. La unidad de lo diverso como resultado final del llamado pluralismo jurídico no sería más que un camino para el neomestizaje aludido.

IV. PLURALISMO Y DERECHO

La existencia de espacios en los que se forma un orden jurídico con fuentes históricas diversas (legislado y consuetudinario) que rige sobre un espacio común y que puede ser susceptible de ser aplicado a individuos (ámbito personal) de pertenencia étnica diversa (diversos pueblos indígenas o no indígenas mestizos, blancos, negros, nacionales o extranjeros, etcétera) acarrea un problema de la mayor complejidad: la multiculturalidad. La diversidad de grupos humanos con cosmovisiones más o menos divergentes asentados en espacios comunes, en los que cada uno de ellos busca hacer su propio plan de vida, pero aún más en el que tienen derecho de hacerlo, produce la necesidad de diseñar un orden común que si bien haga posible la diversidad, también establezca mecanismos para ordenar el conflicto. Pero, por otra parte, aun cuando pudieran establecerse mecanismos dialógicos para la toma de decisiones en el diseño de las instituciones, es inevitable la presencia de las relaciones de dominación.

Es pertinente acudir a los Acuerdos de San Andrés para una mejor explicitación del problema, en particular a los principios de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, en especial el referido al pluralismo:

Pluralismo: el trato entre los pueblos y culturas que forman la sociedad mexicana ha de basarse en el respeto a sus diferencias, bajo el supuesto de su igualdad fundamental. Como consecuencia, ha de ser política de Estado, normar su acción, fomentando en la sociedad una orientación pluralista, que combata activamente toda forma de discriminación y corrija las desigualdades económicas y sociales. Igualmente, será necesario avanzar hacia la conformación de un orden jurídico nutrido por la pluriculturalidad, que refleje el diálogo intercultural, con normas comunes para todos los mexicanos y respeto a los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas.

El planteamiento, aún cuando parece establecido con un alto grado de civilidad no deja de ser problemático, pues tanto las normas comunes como los ámbitos específicos son a fin de cuentas puntos de referencia para tratar relaciones sociales mucho más complejas que las declaraciones de intención. El orden jurídico municipal como escenario de ese encuentro, permite ubicar los terrenos de la disputa o coexistencia de órdenes con distinto sentido.

Dentro de las principales previsiones encontradas en los Acuerdos de San Andrés, para el caso de los municipios con población mayoritariamente indígena, es que las autoridades de ese nivel de gobierno sean elegidas por el procedimiento de usos y costumbres. El procedimiento de elección de autoridades del pueblo indígena, de la mayoría, se concibe como el procedimiento dominante para la elección de una autoridad no diseñada para el pueblo, sino para un orden estatal: un procedimiento consuetudinario rige así tanto para indígenas como para no indígenas. Si la aplicación de ese procedimiento es absoluto, esto es, se deja sin alternativa a los ciudadanos no indígenas —que posiblemente no estén de acuerdo ni practiquen tal costumbre— para que ejerzan su derecho de participar en la elección mediante procedimientos propios de la democracia occidental (*vgr.* voto secreto), entonces habrá un fenómeno de dominación que impide, si hay ausencia de consenso, que la minoría pueda participar en la elección expresando su decisión bajo modalidades distintas y, eventualmente, con el riesgo de ser excluida del proceso de elección, si los miembros del pueblo indígena no aceptan la participación de los ciudadanos, argumentando que no son del pueblo y que, por ejemplo, la asamblea solamente corresponde al pueblo. La opción de establecer un solo método de elección, el de usos y costumbres es una alternativa de dominación y no de pluralismo. Quizá podría ser mucho más plural la posibilidad de que cada grupo social o cada ciudadano pudiera elegir —y por ende aceptada su elección— entre diversos procedimientos electorales igualmente disponibles (usos y costumbres y voto secreto) y que el resultado electoral se obtuviera de la suma total arrojada por los distintos procedimientos.

Si bien existen espacios en donde pueden hacerse esfuerzos por encontrar la compatibilización, hasta cierto grado de distintos planes de vida, hay otros en donde la disputa tiene que decidirse por alguno de ellos sin posibilidad de alternativa. Y en el que uno de ellos se sacrifica, *vgr.* participación de partidos políticos; en tal caso, la coexistencia de dos mo-

dos de vida es simplemente imposible. La previsión constitucional del derecho de los partidos a participar en las elecciones municipales tendría que ser limitado por una norma de la misma jerarquía.¹⁶

Pero, ¿hasta qué punto debe prevalecer una concepción sobre otra? Siguiendo con la cuestión electoral en los municipios, ¿es posible compatibilizar, y hasta que grado, los sistemas de representación democrática occidental, con los indígenas? Además del caso ya localizado referido a los partidos políticos, podemos encontrar otros, entre los que destacan: que haya un procedimiento democrático para elegir a las autoridades municipales, el derecho de los ciudadanos en goce de sus derechos políticos de participar en la elección. Si los usos y costumbres conciben un procedimiento de elección en el que haya la posibilidad de que diversos candidatos se postulen, y de que todas las personas en aptitud de votar lo hagan, podría decirse que en general se cumpliría con el núcleo básico del principio democrático; sin embargo, es posible que no acontezca así, y que la designación se produzca de otra manera (el sistema de cargos puede tener tales rasgos) y que excluya, total o parcialmente el voto ciudadano o que la participación de éstos se condicione a cuestiones ajenas a su calidad de ciudadano.¹⁷

Si se estima que el principio democrático debe estar presente en los usos y costumbres indígenas, entonces sólo serían aceptables aquellos procedimientos electorales compatibles, y los que no lo sean, para ser aceptados tendrían a su vez que incorporar elementos democráticos. De San Andrés se deriva, no una aceptación absoluta del sistema de usos y costumbres, sino más bien una aceptación acotada en línea democrática: respeto y participación de la mujer, respeto a los derechos humanos y garantías individuales, lo cual supone el ejercicio pleno de los derechos políticos de los ciudadanos, a elegir y ser elegidos. Si el camino va en esa dirección independientemente de cuál sea el o los procedimientos electorales, cabrá la posibilidad de que se elijan por usos y costumbres a autoridades municipales, pudiendo ser de distintos orígenes étnicos, de manera que como autoridades estatales llevarán a cabo funciones de gobierno sobre una pluralidad que excede los límites del pueblo indígena.

16 El problema constitucional a que se enfrentan las legislaciones estatales (Oaxaca, por ejemplo) que establecen elecciones municipales por usos y costumbres, es el de la falta de sustento constitucional, que conduce a la inconstitucionalidad de la privación de derechos de los partidos políticos.

17 La Ley Electoral de Oaxaca de septiembre de 1995 establecía que para ser miembro de un ayuntamiento “únicamente se requiere ser reconocido y aceptado por la comunidad”.

En cambio, optar por una vía excluyente, tendrá una alta potencialidad conflictiva, no solamente en la discusión formal de constitucionalidad, sino social, lo que podría ser más costoso.

En el segundo problema en el que hay que detenerse es el de la recepción del orden normativo indígena en el orden jurídico municipal. Dicho en otros términos: que la normatividad indígena forme parte del sistema de fuentes del orden jurídico municipal. El planteamiento anterior expresa la recepción de un orden consuetudinario en otro legislado. Para abordar el problema es preciso delimitar, de manera muy general, al derecho municipal y el tipo de fuentes que lo conforman. En un primer acercamiento es posible distinguir por su origen dos tipos de fuentes: las provenientes de órganos extramunicipales: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, leyes expedidas por el Congreso de la Unión, Constituciones locales, leyes locales, así como diversos instrumentos derivados de los sistemas de coordinación por los cuales los municipios pueden ampliar el ejercicio de atribuciones (convenios o acuerdos de coordinación); al igual que aquellas que son creadas por órganos municipales (reglamentos, bandos, acuerdos, circulares, etcétera). El orden jurídico municipal es, pues, diferenciable del estatal y federal y está sujeto a la Constitución y a la ley. La autonomía municipal vive en ese espacio que será a su vez el espacio de la autonomía indígena ejercida en ese nivel.

Sin embargo, lo anterior no significa que el orden normativo indígena, entendido como un conjunto de normas que obedecen a una *ratio*, tenga una posición subordinada ni que se conserve como orden consuetudinario. Sucede, por el contrario, un proceso multifacético en el que el orden indígena se torna en derecho positivo, por vía de legislación, con lo que se crean normas de raíz indígena que adquieren una jerarquía constitucional o legal, dejando de ser derecho consuetudinario, o bien dando a la costumbre un estatus específico cuando la propia norma legislada la refiere, dándole con esto el carácter de fuente, en tal sentido la costumbre, es también derecho positivo. La norma indígena es así derecho federal, estatal o municipal.

Como derecho municipal, es posible localizar dos tipos de expresión: como derecho legislado (leyes municipales, reglamentos municipales, etcétera), y como derecho consuetudinario; ambos tipos de expresión jurídica están sujetos a los ámbitos de validez del orden municipal. La formalización escrita del derecho indígena provoca que su procesamiento corra en la lógica global del sistema jurídico codificado, lo que no acontece de igual manera

con aquel que se conserve como consuetudinario; máxime cuando corresponde al municipio un conjunto de atribuciones fundamentalmente de orden administrativo y como tal sujeto al principio de legalidad.¹⁸

El problema es de mayor complejidad, si la autonomía indígena, ejercida en el ámbito del municipio, faculta a éste para aplicar sus sistemas normativos de regulación y sanción.¹⁹ La existencia de sujetos privados y públicos involucrados en la creación y aplicación de tal derecho consuetudinario crea una serie de problemas en un sistema jurídico en el que los órganos del Estado están vinculados positivamente a la norma escrita, y los procedimientos de control la tienen necesariamente como su punto de referencia.²⁰ En consecuencia, si la autoridad municipal “aplica” una norma de derecho consuetudinario, lo hará en ausencia de norma escrita, lo que inmediatamente obliga a contrastar dicha actuación con la exigencia constitucional de que los actos deban estar fundados en preceptos legales, deban ser motivados y expresados por escrito. La ausencia de una adecuada expresión de la relación entre el poder normativo consuetudinario (tanto en su faceta de creador de facultades como de generador de derechos), dentro de un sistema de derecho escrito y la sujeción de la autoridad a las garantías individuales y los derechos humanos, provoca imprecisión que dan lugar al litigio como vía de objetivización de la interpretación constitucional.

El riesgo de confrontación y la necesidad de objetividad de las normas puede provocar, dependiendo del grado de autoafirmación, resistencia, grado de participación en los órganos municipales e incluso conveniencia, una tendencia hacia la reglamentación de la costumbre.

Aun cuando en las líneas anteriores se ha aceptado que la juridificación de la costumbre la convierte en derecho, tal afirmación no descarta las siguientes cuestiones: *a*) que no toda costumbre observada por las poblaciones indígenas sea recibida como indígena; y *b*) ni que la costumbre no pueda ser calificada como hecho y no como derecho. Lo anterior merece ser explicado con mayor detenimiento: el concepto de pueblo indígena supone, además del elemento descendencia, el de conservación total o parcial de instituciones. Esto es, hay ciertos modelos de relaciones sociales con exigencia de historicidad (previos a la conquista) que les dan esa

18 Uno de los problemas que resulta urgente abordar es el que plantea la recepción de la costumbre indígena en el derecho municipal y que tiene que ver con la negación reiterada a considerar a la costumbre como fuente del derecho administrativo.

19 *Cfr.* inciso *b*) punto 6, de Propuestas conjuntas.

20 “La autoridad puede hacer sólo aquello para lo que esté facultada”.

peculiaridad de pueblos. Si para la identificación del sujeto jurídico resulta relevante la existencia originaria de instituciones (instituciones consuetudinarias), ¿serán sólo éstas las que deban ser protegidas?, bien, deben ser consideradas aquéllas costumbres que se hallan incorporado posteriormente.²¹ Por otra parte, la necesidad de objetivación de la costumbre y de proceder a su aplicación, plantea el problema de si operarían las mismas reglas de individualización que funcionan para la norma escrita (por ejemplo presunción de conocimiento) o deben ser consideradas como hechos y por lo tanto ser materia de prueba.

En el entendido que en el orden municipal rigen normas de diversa *ratio*, sean escritas o consuetudinarias, y que son operadas por agentes públicos o privados, cuestiono: ¿el derecho indígena se aplica a todos? o bien, ¿es posible distinguir ámbitos personales específicos? No debe pasarse por alto que el orden normativo indígena adquiere su pleno sentido como institución del pueblo. Sin embargo, trasladado al orden jurídico municipal cuyo ámbito personal es plural, no cabe predicar su aplicación inmediata, ya que comprendería a individuos que están en una condición distinta, pues carecen de los elementos de pertenencia al pueblo. En tales circunstancias, surge la necesidad de precisar las condiciones de su aplicación.

El que la parcela indígena del derecho municipal rija para su territorio, no implica que se aplique a todos por igual; esto es, puede haber un ámbito personal diferenciado. Un punto de partida sería postular que el derecho municipal indígena se dirigiría a las personas pertenecientes al pueblo indígena mas no a personas ajenas al mismo, si bien esta división pudiera servir como criterio genérico, no puede llevarse al extremo en tanto hay espacios comunes en los que la norma será la misma para todos independientemente de su pertenencia a algún pueblo.

En el caso de que se aplique el derecho indígena municipal a quienes pertenezcan a un pueblo, y el derecho municipal “común” a otras personas, podría pensarse que es una expresión del pluralismo jurídico, lo cual es correcto en principio; sin embargo, debe pensarse que es también posible que haya dos regulaciones aplicables a una misma conducta (por la diferencia étnica de los sujetos) y que pueden ser de sentidos diversos, lo que puede acarrear impactos sociales que deben valorarse. De ser el caso, ¿será posible que dos personas tengan cargas o derechos distintos a pesar

21 En algunos municipios indígenas, por ejemplo, San Juan Chamula, existen prácticas tales como el monopolio de una marca específica de refresco de cola ¿ésta sería una costumbre indígena?

de que lleven a cabo una misma actividad? (por ejemplo, un establecimiento mercantil); existirán así condiciones distintas para el desarrollo de su actividad. La situación anterior plantea un alto potencial de que se pongan en discusión estas regulaciones para ser contrastadas con la garantía de igualdad. Otra posibilidad es la extensión de una norma de derecho indígena a sujetos no indígenas, cuestión que podría acarrear consecuencias diversas; sean éstas formales o sociológicas. Por una parte, la interrogante de si una norma de derecho indígena puede obligar a individuos ajenos al pueblo; un ejemplo de esto último es el *tequio*²² y que tuvimos oportunidad de explorar en otro lugar.²³ Así pues, si una autoridad municipal ordena que se lleve a cabo el *tequio* y tal mandato solamente abarca a los habitantes indígenas, el trabajo finalmente realizado, también beneficiaría a los habitantes no indígenas (al menos en tanto repercute en bienes de los que no puedan ser excluidos); en cambio, si la orden es general, se estaría comprendiendo dentro de una norma de derecho indígena a sujetos no indígenas. Amén del problema de si el *tequio* exigido como prestación obligatoria es inconstitucional, se agrega el de la constitucionalidad de normas cuyo ámbito normativo es el del pueblo y se amplían a sujetos distintos. Esta última parte conduce a un problema que si bien es de naturaleza sociológica, pone en discusión las bases mismas del derecho indígena como orden consuetudinario.

En efecto, si consideramos que según la explicación tradicional de la costumbre indica que para que ésta exista requiere de dos elementos: el *usus*²⁴ y la *opinio*,²⁵ cuando la costumbre busca ser extendida hacia una comunidad a la que le es ajena, se somete —a la propia costumbre— a condiciones que ponen a prueba su eficacia y su existencia misma al presentarla ante un grupo social que puede no compartirla, desconocerla e incluso rechazarla. Si un orden consuetudinario requiere que los hombres se comporten de conformidad con sus normas, su futuro dependerá, más allá de los grados de interiorización social, de las expectativas de reciprocidad que haya en el grupo social:

22 El *tequio* es una práctica consistente en el trabajo voluntario u obligatorio que se realiza en favor de la comunidad: construcción de caminos, escuelas, etcétera.

23 Cfr. Roldán Xopa, José, “El *tequio*, una aproximación jurídica”, en *Diálogo y Debate*, México, 2000.

24 La repetición, general y constante, de un cierto tipo de comportamiento observable. Cfr. Celano, Bruno, *Dos estudios sobre la costumbre*, trad. José Juan Moreso, México, Fontamara, 2000, p. 17.

25 La *opinio iuris seu necessitatis*, es una actitud interior por la cual el comportamiento es advertido como vinculante; *idem*.

En la teoría del derecho, se ha sostenido recientemente que el requisito tradicional de la *opinio* ha de ser sustituido por el requisito de la “expectativa de la reciprocidad. Con arreglo a este punto de vista, el aspecto interno (actitud subjetiva) constitutivo de una práctica consuetudinaria consiste en la disposición, por parte de los que participan en ella, a comportarse de una cierta manera en relación a los otros participantes, *con la condición de que*. Sin embargo, los demás hagan lo mismo o que, en general, correspondan, en algún modo, a la prestación obtenida. En este sentido, subsiste una costumbre cuando varios individuos se conforman a una regularidad de comportamiento porque se espera que también los demás se conformen y por la misma razón.²⁶

La existencia de un orden jurídico nacional en el que las garantías individuales se convierten en condiciones de regularidad constitucional, provoca para el caso del derecho indígena, que dichas garantías tengan la función, en el proceso de incorporación al sistema, de ser un criterio de validación de usos y costumbres constitucionalmente “acogibles”. De ahí la importancia que sea la propia Constitución la que establezca de manera directa la modalización que para el derecho indígena deban tener las garantías individuales. No obstante, que las garantías individuales se presenten como un ámbito irreductible (aún con modalidades en su ejercicio) conduce a que el derecho indígena no se integre como un bloque ajeno a la lógica del sistema al que se incorpora, sino por el contrario como un orden normativo permeable en tanto está sujeto a condiciones de compatibilidad que hacen posible la unidad constitucional.

Si el derecho indígena es permeado por las garantías individuales, o sea que la costumbre indígena vaya ampliando sus espacios de influencia social, tendremos que en ambos sentidos y con tendencias posiblemente graduales se verificará un proceso de combinación cuyo resultado será un orden de lo diverso.

En las líneas anteriores nos referimos a la situación del derecho indígena en el orden municipal y su relación con los individuos sobre los que rige (ámbito personal); pero resta examinar la cuestión del municipio como nivel de expresión de la autonomía indígena y su relación con los otros niveles de gobierno. Más allá del modo específico de la integración de sus órganos, de la conformación de su ordenamiento jurídico, el municipio mayoritariamente indígena, al igual que el resto de los municipios,

26 *Ibidem*, p. 35.

tiene una posición constitucional sumamente precisa en la organización federal; la Constitución y las leyes señalan las relaciones que guarda frente a los poderes estatales y federales; la autonomía de la entidad municipal, como sujeto de derecho público, también se encuentra acotada, de manera que sobre el municipio se ejerce un poder de regulación o de control, vía emisión de leyes de bases o de destitución de autoridades municipales (*i. e.* el Congreso Local). La autonomía no podría ser alegada como argumento para sostener la exclusión de las autoridades de los municipios mayoritariamente indígenas de los controles presupuestarios, responsabilidades de los servidores públicos o los controles de constitucionalidad de sus actos.

La autonomía tiene así una doble función: por una parte, como una garantía constitucional que puede hacerse valer frente a los poderes estatales o federales, y cuyo medio de defensa es la controversia constitucional; por otra parte, como ámbito válido de actuación cuya transgresión hace posible que se activen los medios a mano de los particulares (contencioso administrativo, si es el caso, medios de control previstos en tratados internacionales,²⁷ o el juicio de amparo), o bien si se trata de controversias entre sujetos públicos, la controversia constitucional.

Cualquiera que sea la explicación ideológica de la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas, si la misma es contenida en la Constitución, y si ésta es la norma común para la totalidad del ordenamiento jurídico mexicano, su carácter normativo, hecho posible por la eficacia de sus medios de control y su aceptación por los agentes sociales, conducirá a que el conflicto social, la pluralidad se conduzca como una disputa por la interpretación de la Constitución.

27 No se descarta que actos de municipios mayoritariamente indígenas puedan ser motivos de paneles establecidos en los tratados comerciales, tal y como aconteció en el creado a petición de Metalclad por actos de un Municipio de San Luis Potosí y que finalmente se resolvió en favor de los inversionistas.