

DERECHOS INDÍGENAS Y CANDIDATURAS PLURINOMINALES

Acción afirmativa indígena
en la selección de candidatos
por el principio de RP

JOSÉ RAMÓN NARVÁEZ H.

Nota introductoria

Juan Manuel Sánchez Macías



**DERECHOS INDÍGENAS
Y CANDIDATURAS
PLURINOMINALES**

Acción afirmativa indígena
en la selección de candidatos
por el principio de RP

COMENTARIOS A LA SENTENCIA
SENTENCIA: SUP-JDC-488/2009

José Ramón Narváez H.

NOTA INTRODUCTORIA A CARGO DE

Juan Manuel Sánchez Macías

342.76568
N334d

Narváez Hernández, José Ramón.

Derechos indígenas y candidaturas plurinominales : acción afirmativa indígena en la selección de candidatos por el principio de RP / José Ramón Narváez H.; nota introductoria a cargo de Juan Manuel Sánchez Macías. -- México : Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2010.

65 pp.; + 1 CD-ROM.-- (Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; 29)
Contiene sentencia SUP-JDC-488/2009.

ISBN 978-607-7599-92-0

1. Derechos políticos – México. 2. Derechos del ciudadano – juicios. 3. Derechos electorales – indígenas – México. 4. Candidaturas plurinominales – Partido de la Revolución Democrática – Candidatos indígenas. 5. Sentencias – TEPJF – México. 6. Medios de impugnación – Derecho Electoral. I. Sánchez Macías, Juan Manuel. II. Serie.

**SERIE COMENTARIOS A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL
DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN**

Edición 2010

D.R. © Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
Carlota Armero núm. 5000, Colonia CTM Culhuacán,
Delegación Coyoacán, México, D.F., C.P. 04480.
Tels. 5728-2300 y 5728-2400.

Coordinador de la serie: Dr. Enrique Ochoa Reza,
Director del Centro de Capacitación Judicial Electoral.
Edición: Coordinación de Comunicación Social.

Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva de los autores.

ISBN 978-607-7599-92-0

Impreso en México

Sala Superior

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Presidenta

Magistrado Constancio Carrasco Daza

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado José Alejandro Luna Ramos

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Magistrado Pedro Esteban Penagos López

Comité Académico y Editorial

Magistrada María del Carmen Alanis Figueroa

Magistrado Flavio Galván Rivera

Magistrado Manuel González Oropeza

Magistrado Salvador Olimpo Nava Gomar

Dra. Karina Mariela Ansolabehere Sesti

Dr. Álvaro Arreola Ayala

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Dr. Rafael Estrada Michel

Dr. Ruperto Patiño Manffer

Secretarios Técnicos

Dr. Enrique Ochoa Reza

Lic. Octavio Mayén Mena

CONTENIDO

Presentación	9
Nota introductoria	13
Derechos indígenas y candidaturas plurinominales. Acción afirmativa indígena en la selección de candidatos por el principio de RP	19

SENTENCIA

SUP-JDC-488/2009	Incluida en CD
------------------------	----------------

PRESENTACIÓN

Este trabajo del doctor José Ramón Narváez, académico de la UNAM, revisa una de las impugnaciones más interesantes que se le han presentado a la jurisdicción electoral: la demanda de un militante del Partido de la Revolución Democrática (PRD) de ser candidato a un puesto de elección popular mediante una acción afirmativa en materia indígena. La discusión es acerca de las acciones necesarias para proteger a grupos específicos, en este caso concreto a un representante de una comunidad indígena que reputando su origen étnico demandó ser incluido en las listas de representación proporcional del PRD.

El trabajo está estructurado en seis secciones: las dos primeras, dedicadas a la discusión conceptual que tiene como telón de fondo la disputa entre multiculturalismo (Kymlicka) e identidad (Taylor). La tercera y cuarta secciones están dedicadas a revisar los dilemas constitucionales y algunas posibles aplicaciones paradójicas del dispositivo constitucional mexicano. La quinta sección es la revisión de la sentencia correspondiente a la impugnación del ciudadano Filemón Navarro Aguilar. La última sección es una suerte de reflexión general y anticipo de dificultades en el futuro inmediato.

Narváez asume que para tratar el dilema de las cuotas indígenas en materia electoral es preciso enfocar el asunto desde el multiculturalismo, con las dificultades y ambigüedades que éste presenta. Para ello recurre a la literatura clásica de la multiculturalidad. Así, las dos primeras secciones intentan ser un enfoque general desde el que se desarrollan los apartados siguientes.

En las secciones tercera y cuarta se comentan y explican varias dificultades del diseño constitucional mexicano en materia de derechos indígenas y se muestran algunas de las aplicaciones

que pueden resultar paradójicas, como el caso de la ciudadana oaxaqueña Eufrosina Cruz, quien ganó una elección municipal, a pesar de lo cual la comunidad desconoció su triunfo y el Instituto Electoral de Oaxaca avaló la determinación conforme a las prácticas comunitarias, por lo que ella no pudo hacerse cargo del gobierno municipal.

Ésta es la paradoja central que muestra Narváez: ante el imperativo de preservar los usos y costumbres, las autoridades pueden tener la tentación de avalar prácticas discriminatorias que tienen una raigambre cultural, pero que vulneran el régimen de los derechos fundamentales de los mexicanos. En términos de un clásico del multiculturalismo, Kymlicka, éstas son las restricciones internas que tiene que supervisar el Estado nacional para que las propias comunidades no discriminen a sus integrantes, como sucedió en el caso de la ciudadana Cruz.

La quinta sección revisa los contenidos de la sentencia mediante la cual la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) ordenó que el ciudadano Filemón Navarro Aguilar fuera incorporado en la lista de representación proporcional del PRD, correspondiente a la cuarta circunscripción electoral. Esto en virtud de que el ciudadano Navarro cumplió con todos los requisitos legales y se presentó al registro como representante de una comunidad indígena.

La Sala determinó que como el PRD tutela las acciones afirmativas de cuotas electorales para grupos de jóvenes, migrantes e indígenas, el ciudadano Navarro tenía derecho a ser considerado como beneficiario de la cuota correspondiente a grupos indígenas. La Sala también consideró que tenía que ser incluido en el bloque de los primeros 11 lugares de la lista de 40, ya que la normatividad del PRD indica que los lugares reservados a los grupos indígenas deben ser proporcionales a la población total que pretenden representar.

La última sección es un anticipo de las dificultades que se le pueden presentar a la jurisdicción electoral en la aplicación de las reglas correspondientes a las cuotas para grupos específicos.

De acuerdo con Narváez, es necesario mantener el diálogo jurisprudencial, sobre todo en estos temas que han sido poco tratados por los tribunales.

Estamos seguros de que el material que se presenta será de interés para el lector.

*Tribunal Electoral
del Poder Judicial de la Federación*

NOTA INTRODUCTORIA

SUP-JDC-488/2009

*Juan Manuel Sánchez Macías**

En el caso, el actor fue Filemón Navarro Aguilar. La autoridad responsable fue la Comisión Nacional de Garantías del Partido de la Revolución Democrática (PRD). El acto reclamado consistió en la resolución del 18 de mayo del 2009, dictada en el expediente de inconformidad INCGRO/570/2009.

Los antecedentes del asunto son los siguientes.

1. El 14 de enero de 2009, el VII Consejo Nacional del PRD emitió la convocatoria para la elección de candidatos a diputados federales, pero luego, el 16 de enero, publicó otro acuerdo por virtud del cual se reservaron las 200 candidaturas a diputados federales por el principio de representación proporcional (RP) y se determinó cuál sería el proceso para su designación.
2. El 3 de marzo de 2009, el actor presentó ante la comisión de candidaturas plurales su solicitud como aspirante a candidato a diputado federal de RP, en la cual solicitó ser considerado en acción afirmativa “hombre (indígena)”.
3. Los días 28, 29 y 30 de marzo de 2009, se celebró el Segundo Pleno Extraordinario Electivo del VII Consejo Nacional del citado instituto político, en el cual se aprobó

* Secretario de Estudio y Cuenta adscrito a la Ponencia de la magistrada María del Carmen Alanís Figueroa.

la lista de candidatos al referido cargo de elección popular, sin incluir al actor.

4. El 3 de abril, el actor presentó recurso de inconformidad ante la Comisión Nacional de Garantías, en contra del resultado del Consejo Nacional, por considerar violatoria de sus derechos su exclusión de la lista de candidatos. Recurso que la comisión resolvió el 13 de abril de 2009, en el sentido de considerar infundados los agravios del inconforme.
5. La anterior determinación fue impugnada a través del juicio ciudadano SUP-JDC-466/2009, resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 13 de mayo de ese año, en el sentido de revocar la determinación reclamada, para el efecto de que la responsable determinara el porqué de la exclusión del demandante en las candidaturas, y si ello obedeció a la falta de comprobación de la calidad de indígena entonces debería requerirlo para que en un plazo determinado presentara las pruebas que considerara pertinentes para ese efecto.
6. El 18 de mayo de ese año, la Comisión responsable dictó la nueva resolución, en la cual volvió a confirmar la exclusión del actor de las candidaturas.
7. El actor presentó constancias del Consejo Indígena y Popular de Guerrero, A. C., de la Organización Civil Frente Popular Revolucionario y de la Comisaría Municipal Constitucional de Totomixtlahuaca, del municipio de Tlacoapa, Guerrero, referentes a su carácter indígena.
8. En la valoración que la responsable hizo de los documentos concluyó que dichas pruebas no son coetáneas a la época en que el actor se registró como aspirante a la candidatura; por tanto, las calificó de extemporáneas y ante la falta de otros elementos de convicción, determinó no probada su calidad de indígena; además señaló que la Comisión Política Nacional tenía facultades para hacer la designación de los candidatos, de manera prudente.

Consideraciones y razonamientos del proyecto

En la ejecutoria se acogieron los agravios del demandante, para lo cual se realizaron las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se establece un marco referencial y normativo sobre los indígenas en México y el derecho preferencial y protectionista que les asiste, explicando que la evolución social provocó la reforma constitucional de 2001 en la cual se reconocieron los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, así como de sus integrantes.

De igual manera se aduce que, con base en los ordenamientos normativos de corte internacional vigentes y aplicables en México, existe el reconocimiento del derecho de las minorías indígenas a participar en el desarrollo político de los estados además de gozar en condiciones de igualdad de los derechos políticos y de las libertades fundamentales.

Se establece también que los partidos políticos, como instrumentos para fomentar la participación de los ciudadanos en la vida política del país y para acceder a los cargos de elección popular, son elementos sustanciales para garantizar aquellos derechos y los que deriven de acciones afirmativas como la indígena, que el propio PRD establece en el artículo 2o. apartado 3, inciso g de sus estatutos.

Por otra parte, se explica que la acción afirmativa indígena anterior garantiza un mínimo de candidatos a los cargos de elección popular que tengan la calidad de indígena, proporcional al porcentaje de población indígena en el ámbito que corresponda; por tanto, en las diputaciones de RP, la obligación del partido se delimita por circunscripción plurinominal electoral, según el porcentaje de población indígena que exista en las entidades que la conforman.

En el caso se realiza la aplicación de esta fórmula tomando como base los datos poblacionales del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), según el censo de 2005, y se concluye que en la Cuarta Circunscripción Plurinominal existe una población

total de 19,900,357 habitantes, de los cuales, 1,872,609 son indígenas, y equivalen a 9.40% de la población.

En consecuencia, ese porcentaje equivale a 3.76 candidaturas de RP en esta Cuarta Circunscripción y **el partido está obligado a garantizar, por lo menos, la inclusión de tres candidaturas indígenas.**

La manera en que debían incluirse era por bloques, dependiendo del número de candidatos por adscribir, colocando dentro de dicho bloque en la posición que se estimara idónea al candidato indígena, respetando a su vez las demás acciones afirmativas, y tomando en cuenta un orden de prelación entre los propios candidatos indígenas.

Acorde con estos elementos conceptuales, en el análisis de los agravios del actor se consideraron fundados porque:

- a) Es ilegal la determinación reclamada al señalar que por la reserva de las candidaturas, la Comisión Política podía hacer una designación conforme a su arbitrio, porque, por el contrario, se estableció que las propuestas de candidatos deberían cumplir los requisitos de la convocatoria y que de los aspirantes debería formularse un proyecto de designación, lo cual equivale a que tendrían que valorarlos y emitir una resolución motivada y fundada.
- b) La valoración que la responsable hizo de las pruebas del actor, desestimándolas por extemporáneas, es contraria a derecho, ya que no pueden exigirse probanzas coetáneas al registro del aspirante porque no era un requisito exigido para ese efecto y porque el requerimiento se formuló hasta el 15 de mayo de 2009, dándole el plazo de 24 horas para cumplirlo, y así lo hizo.
- c) En reparación del consiguiente agravio se propone realizar la ponderación probatoria con plenitud de jurisdicción, en particular, de las constancias del Consejo Indígena y Popular de Guerrero, del Frente Popular

Revolucionario y de la Comisaría Municipal de Totomixtlahuaca, municipio de Tlacoapan, Guerrero; en las cuales se hace constar que Filemón Navarro Aguilar es miembro de la comunidad indígena *ñu savi*, pueblo mixteco, vecino de la comunidad de Totomixtlahuaca que es indígena, se rige por usos y costumbres, y es miembro de la Organización del Consejo Indígena y Popular de Guerrero. Por tanto, se estima que estas pruebas son aptas para demostrar que dicha persona tiene vínculos de pertenencia e identidad con esa comunidad indígena, factores sustanciales para reconocer, en términos del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, su calidad indígena, por lo que acreditó la acción afirmativa correspondiente al proponerse como candidato a diputado federal de RP.

- d) En esas condiciones, se propone revocar la determinación impugnada para vincular a la responsable a reconocerlo como indígena con derecho a ser incluido en la lista de candidaturas de diputados de RP en al Cuarta Circunscripción Plurinominal, en el primer bloque de 13, y a que ordene su inscripción ante la autoridad administrativa electoral, haciendo los ajustes necesarios de la lista como en derecho proceda. Se le concede un plazo de tres días para ese efecto y 24 horas para informar sobre el cumplimiento. De igual modo se informa al Instituto Federal Electoral (IFE) para que en su oportunidad atienda los cambios de las candidaturas.

La legislación que en la presente ejecutoria se analizó fue: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (Cofipe); y Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

DERECHOS INDÍGENAS Y CANDIDATURAS PLURINOMINALES

Acción afirmativa indígena
en la selección de candidatos
por el principio de RP

*José Ramón Narváez H.**

EXPEDIENTE:
SUP-JDC-488/2009

SUMARIO: I. Prolegómeno; II. Cultura y derecho; III. El tema de la multiculturalidad en el derecho y la justicia en México; IV. Acciones afirmativas y discriminación positiva; V. El caso Filemón Navarro Aguilar, sentencia derivada del SUP-JDC-488/2009, VI. Algunas conclusiones.

Dejo a los indígenas en el mismo estado de civilización, libertad y felicidad (...) siendo lo más sensible la indiferencia con que los han visto los Congresos, según se puede calcular por las pocas y no muy interesantes sesiones en que se ha tratado sobre ellos...

Fernández de Lizardi, *Testamento*¹

* Doctor en Investigación Jurídica por la Universidad de Florencia, Italia. Profesor del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM e Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y Promoción y Difusión de la Ética Judicial, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Esta frase mencionada hace casi 200 años, no sólo tiene actualidad, sino que podría ser trasladada al ámbito judicial con honrosas excepciones.

SERIE

Comentarios
a las Sentencias
del TEPJF

I. Prolegómeno

Así como la cultura cambia en términos materiales, sucede lo mismo con el concepto en términos formales. Estamos inmersos en una vorágine de imágenes, palabras y sentidos. Hoy día surgen nociones tan complejas como lo puede ser el *multiculturalismo*;² nociones donde el término de cultura se ve afectado con apellidos que lo transforman en algo más abierto y flexible, dicho con Bauman: líquido;³ cuestión que en principio puede ser sólo descrita pues en cada caso merecerá una interpretación específica, ya que la liquidez que en un sentido puede ayudar a desembarazar las cosas, en otro puede tornarlas inaprensibles y volátiles.

A lo largo de la historia, distintos filósofos han intentado sugerir condiciones para poder hablar de una cultura universal; el problema con el que se han topado es siempre el mismo: una paradoja que lleva, por un lado, a realizar síntesis apresuradas que al final caen en generalizaciones, sistematizaciones que suelen sacrificar la diversidad y son susceptibles de convertirse en instrumentos políticos, las cuales terminan transformándose en proyectos peligrosos por ser aculturadores, donde la cultura superior pretende soslayar y subsumir a la inferior. De ello ha sido prueba

² Siguiendo a Touraine y para englobar en una idea estos conceptos (pluralidad cultural, multiculturalismo, etc.): “Tenemos una fragmentación de los grupos culturales mayoritarios y minoritarios, y también tenemos instituciones, Estados, asociaciones, medios de comunicación..., que son fuerzas de integración. Y todos tenemos el mismo derecho a combinar la especificidad, la singularidad de nuestra experiencia cultural con la participación del mundo de la razón instrumental, para hablar como Marx y Engels. Eso es, a mi parecer, no la comunicación, más bien el reconocimiento, no sólo del otro, sino del otro como a la vez semejante y diferente, semejante, porque todos tenemos que incorporarnos a la misma economía mundial, y diferente, por su idiosincrasia específica.” Alain Touraine, “Indicadores para el diálogo intercultural”, *La Factoría*, octubre-enero, núm. 16, Colomers, 2002; transcripción de la conferencia, no escrita, pronunciada en el Fórum Europa, España, junio de 2001.

³ “El paso de la fase sólida de la modernidad a la líquida: es decir, a una condición en la que las formas sociales ya no pueden mantener su forma por más tiempo, porque se descomponen y se derriten antes que se cuente con el tiempo para asumirlas y, una vez asumidas, ocupar el lugar que se le ha asignado.” Zygmunt Bauman, *Tiempos líquidos. Vivir en una época de incertidumbre*, 2a. ed., México, Tusquets, 2009, p. 7.

occidente, al grado de que muchas veces se plantea como proceso civilizatorio o culturalizador la occidentalización, o más riesgoso aún, la americanización o imposición del modelo propietario-individualista-pseudodemocrático.⁴ Al cabo toca a la academia advertir los peligros, deconstruir, matizar y hacer las críticas pertinentes, sobre todo cuando se percibe un ingenuo optimismo.⁵

Por lo anterior, parece que buscar modelos para transformar la realidad no es la opción adecuada para afrontar el problema, y es que decidimos incluir de nuevo la complejidad en nuestros análisis y propuestas (incluidas las decisiones judiciales), pero no seguimos utilizando la misma metodología moderna, errónea, para afrontarla, metodología consistente en un rancio racionalismo iluminista. Podríamos pensar que la realidad y su aprehensión muestran una pluralidad adyacente, o dicho de otro modo, es más evidente que la realidad sea plural a que no lo sea. Esto nos llevaría a considerar que los parámetros por los cuales una comunidad⁶ puede llegar a conformarse no pueden ser lineales, inmóviles o absolutos. Aquí cabe la cita a Balibar y Wallerstein a propósito de la dialéctica entre cultura/comunidad y discurso/marcos conceptuales:

⁴ Cfr. Pietro Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Italia, Boringhieri, 1987.

⁵ Por ejemplo véase crítica certera de Tecla Mazzarese, "Principia iuris: 'ottimismo, metodologico e riaffermazione della cultura dei diritti'", *Teoria Politica*, Italia, núm. 2, 2008, pp. 81-98, en castellano *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, núm. 31, 2008, pp. 261-278.

⁶ Cabe mencionar que la comunidad no implica por necesidad al Estado, de hecho es anterior y superior a él. Antropológicamente hablando, la comunidad es compromiso y responsabilidad. La persona se desarrolla y alcanza su plenitud en comunidad, tiene aportaciones a una sociedad determinada, posee una función que lo identifica y lo liga a la misma, le da protección y le otorga identidad. Por tanto, lo más importante en esta relación es el compromiso, detrás subyace una idea ética, un nexo entre la persona y el mundo, el hombre es administrador de su entorno y por ello tendrá que rendir cuentas. El derecho surge entonces de la necesidad de regular y garantizar este compromiso en el entendido de que todos los miembros de la comunidad tienen un compromiso propio, insertar la igualdad formal por la fuerza en este esquema resulta artificial y altamente dañino.

Pero la cuestión es aún mucho más compleja, porque los grandes universos o “sistemas de pensamiento”, símbolos y representación que en el mundo han tenido y tienen influencia, a través de sus estructuras de poder compactamente institucionalizadas y “legitimadas”, de sus discursos y de sus lenguajes, han llenado de referencias abstractas —imposibles de ser captadas por las mayorías humanas (quizá de eso se trata) y de vivir incluso para los mismos que son minoría—, las conciencias y los mecanismos de comunicación y expresión, de forma que han hecho de ellas tablas absolutas de la ley ajustadas a medir y pesar la vida y muerte de los pobres hombres —colectivos o individuos—.

Todo ello ha servido para que en la historia moderna nos hayamos matado millones de veces por los motivos más absurdos (...) categorías, abstracciones que se llaman raza, nación, clase, pueblo, estado, tribu, etnia, incluso sociedad, existen o deben existir; y contribuir a que los afectados —¡todos!— nos atrevamos a repensar sin metafísicas especiales qué somos; hacia dónde vamos y qué queremos construir que sea visible y humano.

No queremos abrir este espacio para que crezcan los nominalismos, sino para que la razón (la pura, la práctica, la instrumental, pero también la ética frente a la “razón” de Estado y la “razón” nacional —valga la contradicción—) se abra camino y adelantemos el momento interno constituyente de esto que consiste en ser humanos, en que nadie tenga razón suficiente para matar o herir a otro, ni construir absurdos.⁷

Como ha podido leerse en la cita anterior, hay un grave problema actual: la incompreensión, producto de la simulación, los estereotipos y la pérdida de humanidad.

Superando entonces el mero discurso, es importante que en ámbitos en los que es posible incidir en la organización social, tales como la justicia constitucional, las decisiones puedan ser encaminadas a tomar en serio la multiculturalidad.

⁷ E. Balibar e I. Wallerstein, *Raza, nación y clase*, España, IEPALA, 1991, pp. 7-9.

II. Cultura y derecho

La cultura y el derecho se relacionan de diferentes maneras, enlistamos algunas:

1. La cultura como un bien jurídico a tutelar contenida en algunos textos constitucionales (en México, el artículo 2o.) que da por resultado una legislación específica de la que derivan instituciones jurídicas como el patrimonio cultural, lo cual puede ser entendido a partir de la legislación como bien material o como bienes incorpóreos, por ejemplo, las tradiciones (bailes, cultura culinaria, vestimentas) o las lenguas y, tal vez lo más complejo: la protección a las diversas cosmovisiones que integran una sociedad. También derivado de la legislación y para uso procesal, el concepto de peritaje cultural por el cual en un proceso es posible pedir la intervención de un perito para que dictamine el peso de un uso o costumbre *contra legem*, pero que en el caso determinado hace importante sopesar o ponderar ese valor que la comunidad le otorga a dicho uso por sobre una norma general. De igual modo, los delitos culturales que no son otra cosa que agravantes o atenuantes de los delitos tomando en consideración cuestiones culturales adyacentes a la conducta criminal.⁸

⁸ Paola Parolari, "Reati culturalmente motivati. Un'altra sfida del multiculturalismo ai diritti fondamentali", *Ragion Pratica*, Italia, núm. 31, diciembre de 2008, pp. 529-557. Con mucha perplejidad la investigadora italiana nos muestra cómo empiezan a abundar en los tribunales asuntos en los que los jueces hacen consideraciones respecto a la cultura del delincuente, que los llevan a juzgar de un modo distinto al tradicional: "En particular, la cuestión de los delitos culturalmente motivados, más allá de suscitar algunas perplejidades bajo el perfil más específicamente del derecho penal, replantea al menos tres tipos de problemas, distintos pero correlacionados, que hacen compleja y controvertida la relación entre multiculturalismo y teoría de los derechos fundamentales. Un primer tipo de problemas, de carácter filosófico-político, concierne a la relación entre neutralidad del Estado liberal y tutela de las diferencias (culturales). Un segundo tipo de problemas, de carácter sobre todo filosófico-moral, corresponde a la problematización de la autonomía (y de la

2. El derecho como producto de una cultura determinada representa un conjunto de bienes que dan lugar a un ordenamiento jurídico. Si cultura equivale a civilización, también podría argumentarse que toda sociedad ha alcanzado una cultura determinada, incluyendo el derecho como parte de la misma.⁹
3. Respecto a lo anterior, y propio de la comunicación entre sociedades, el derecho como cultura puede ser inculturado cuando va incidiendo poco a poco de una cultura a otra, como una especie de mestizaje jurídico (tal vez el caso del derecho indiano);¹⁰ la deculturación como un proceso violento de imposición de un ordenamiento jurídico sobre otro (un ejemplo de esto podría ser la codificación),¹¹ también suele denominársele aculturación: "... el modelo de estado burgués que se pretende universalizar conlleva política y culturalmente una ruptura en las relaciones entre individuo y comunidad, mientras que en las sociedades precolombinas, aun teniendo una rígida jerarquía social, no existía una ruptura del individuo con la comunidad, por el mero hecho

responsabilidad) individual, en razón de la relación entre individuo y contexto cultural. Un tercer tipo de problemas, de carácter filosófico-jurídico, tiene que ver con la unidad y la identidad del ordenamiento jurídico de aquellos Estados hacia los cuales se dirigen flujos migratorios siempre más consistentes" (p. 530).

- ⁹ Sin perder de vista lo que comenta Touraine cuando esto se hace corresponder sólo con el Estado: "...se habla de cultura, de minorías, etc., y me parece importante evitar algunos malentendidos. Primero, y eso es un punto de partida muy común, todos sabemos que los problemas se transforman o se vuelven más agudos a partir del momento en el cual existe más o existe menos el cuadro del Estado Nación como sitio en el cual las realidades políticas, económicas, sociales y militares se unen...la situación es más compleja y todos observamos un tipo de redistribución o de fragmentación del mundo cultural en muchas partes distintas, y por eso no creo que sea posible hablar, globalmente, de las minorías." Sino de culturas al plural, dirá más adelante. Alain Touraine, "Indicadores para el diálogo intercultural", *La Factoría*, núm. 16, Colomers, octubre-enero, 2002; Transcripción de la conferencia, no escrita, pronunciada en el Fórum Europa, España, junio de 2001.
- ¹⁰ Para ver un debate en estos términos, Miranda Torres, Roxana Paolo y José de Jesús Covarrubias Dueñas, "La nomología de las comunidades precuahtémicas (preibéricas)", *México siglos: XV-XXI*, México, CEREOAX, 2008.
- ¹¹ Véase nuestro trabajo, José Ramón Narváez H., *La persona en el derecho civil (Historia de un concepto jurídico)*, México, Porrúa, 2005.

de que la supervivencia individual estaba en función de la organización comunitaria de producción y de reproducción social".¹² Y además, la transculturación como una posible solución contemporánea al choque cultural en la globalización donde operan culturas masificadoras y culturas regionales que buscan su subsistencia.

4. La cultura puede ser un estándar, parámetro o medición de la eficacia del derecho. Y en un sentido más específico, la cultura puede aplicar como un parámetro axiológico del derecho.¹³
5. Si consideramos que la costumbre es fuente del derecho, la costumbre es en gran medida parte material de la cultura de una sociedad y por tanto constitutiva de una comunidad.
6. La cultura como tradición/herencia para una historia jurídica diferente. Además de la historia de las instituciones, y sobre todo de la historia del derecho a partir de los textos legales históricos, en esto radica la importancia actual de una historia de la cultura jurídica, lo cual supone un análisis del derecho no sólo en su forma legal, sino como un fenómeno cultural.
7. La cultura como ordenamiento constitucional. En este sentido la cultura jurídica podría ser un concepto muy cercano a la sociología y la antropología jurídicas, pero es también presupuesto del derecho constitucional, al grado que podría ser entendida como el conjunto de elementos que permiten identificar la Constitución material de un Estado, sobre todo en la teoría constitu-

¹² Daniel Jiménez Schlegel, "La percepción espacio-temporal en el choque de culturas hispana e indígena en Iberoamérica y el problema de la modernización", *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, núm. 19, 2001, p. 68.

¹³ Sobre este particular Miguel Reale propuso que la cultura a lo largo de la historia ha servido también como referente de los valores que son propios de una comunidad por lo que tiene de alguna manera una finalidad deóntica: *Cfr.* Miguel Reale, "El concepto de cultura, sus temas fundamentales", *Filosofía de la cultura*, España, Trotta, 1998, pp. 37-52.

cional alemana.¹⁴ Y en cualquiera de los casos es material rico para una potencial historia de la cultura jurídica, pues, como ya se ha apuntado, las diversas nociones de cultura hacen pensar en algo que se acumula, se transforma a partir de la naturaleza y se aprovecha para beneficio del hombre a través de la técnica o el arte.

8. La cultura como una metodología aplicable a la ciencia jurídica. Cualquier investigación, cualquier trabajo, lección o análisis del derecho podría hacerse considerando esta premisa: el derecho como cultura supone una serie de lenguajes que se mezclan para formar imágenes que pueden generar confianza o desconfianza en el orden jurídico, lo cual apuesta a su supervivencia o posible reforma.

Derivado de un análisis acerca de las relaciones materiales entre cultura y derecho, podría proponerse una noción de cultura jurídica. En principio observamos que ambas nociones, cultura y derecho, comparten muchas características comunes: las dos son fenómenos sociales, las dos debaten entre el descubrimiento social y la imposición de los factores reales de poder, entre la artificialidad y la naturalidad.

Pareciera que el concepto de cultura jurídica tiene que ver con procesos orientados a una práctica judicial, pero en sí mismo el derecho es un proceso dialéctico ya sea visto como una obligación, una controversia, su solución o un mandato que busca destinatario que lo obedezca. La cultura jurídica es también parte de esa dialéctica, se construye en la resistencia de un grupo o destinatario hacia una norma, pues un ordenamiento jurídico garantiza su subsistencia en la medida en que es capaz de asimilar y generar

¹⁴ Además del conocidísimo trabajo de Schmitt, actualmente destaca la ahora famosa teoría de Peter Häberle, la constitución que él llama viva: "...obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedad abierta... expresión, instrumento, herencia cultural autónoma de un pueblo y fundamento de nuevas esperanzas". *Constitución como cultura*, Colombia, Instituto de de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2002, pp. 71 y 72.

un espacio a las expectativas jurídicas de los miembros que lo componen.

Rescatando una metáfora geosocial podríamos decir que la cultura jurídica funciona como “espacio común” espacio de intercomunicación (Habermas). Donde dos entidades individuales se encuentran y se preguntan por un tercero (Levinás) y se convierten en “actores sociales” (Touraine). Sobre todo, pensamos en los indígenas latinoamericanos, que han “resistido” la idea del espacio moderno como una superestructura fastidiosa sobre su concepción de “estructura hecha de hombres”, discurso que el multiculturalismo actual retoma pero que existía y existe en la noción de “sociedad” de muchos pueblos indígenas: “En las sociedades indígenas, la configuración del espacio físico fomenta determinados comportamientos en la relación con el propio entorno (el espacio y todo aquello que lo configura) y en consecuencia en relación entre los sujetos”.¹⁵

Continuando con la metáfora geosocial, las comunidades indígenas estarían implícitas en la noción de “culturas del habitar”, elaborada por Franco La Cecla, culturas que tienen la percepción de sí mismas en relación con el propio ambiente, creando una conciencia local llena de tradiciones. Habitar, al cabo, significa crearse una habitud o mejor aún: crear un lugar donde se realizarán las habituales tareas de la vida, espacio vital.

El poseer (un espacio comunitario) es una cosmografía, una cosmología, pero no como puede serlo el modelo estático. El sistema de villa (de pueblo), siendo el resumen del cosmos es un sistema cumplido que se autoregula y autoproduce. De hecho es sobre todo un “centro” del mundo. Sólo desde un centro se pueden lanzar las direcciones de la orientación.¹⁶

¹⁵ Daniel Jiménez Schlegl, *op. cit.*, pp. 67-84.

¹⁶ Franco La Cecla, *Mente locale. Per un'antropologia dell'abitare*, Italia, Elèuthera, 1993, pp. 34 y 35. Del mismo autor, *Perdersi. L'uomo senza l'ambiente*, Italia, Laterza, 1988; “La orientación y disponer de una posesión del espacio anclándolo al resto del cosmos, que es a la vez celeste y parte de los lugares de donde las narraciones

La idea de espacio cósmico primigenio al espacio social no es un “pensamiento salvaje”, sino “recuperación de sabiduría” (Lévi-Strauss). Así, mente/espacio local complementa a mente/espacio cósmico.

Por último, decimos que la cultura jurídica, que se nutre de la cultura misma, es una cultura jurídica híbrida,¹⁷ si es que aceptamos que en América Latina la formación de la cultura no sólo es compleja o plural, sino que además es producto de un proceso que mezcló elementos modernizantes con estructuras tradicionales de lo cual resultaron subprocesos de resistencia, por una parte, o de reticencia, en otros casos.

III. El tema de la multiculturalidad en el derecho y la justicia en México

Para comentar la sentencia SUP-JDC-488/2009 del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) es necesario entrar en un tema fundamental de nuestro constitucionalismo actual: los derechos indígenas. Damos por entendido que conforme lo dispuesto en la Carta Magna, el Tribunal en cuestión puede, a partir de 2007, realizar funciones interpretativas teniendo como indicador la Constitución Federal, cuestión no sólo saludable sino que además forma parte de una tendencia necesaria.

En 2001¹⁸ reformamos el artículo 2o. constitucional para reconocer el carácter multicultural de la nación mexicana. Por primera vez en México aceptamos que la nación se compone de varias culturas y que aquellos que tienen un origen preoccidental son

de los ancianos dicen ha nacido la vida o ha sido renovada. Quitar el cosmos del entorno (del ambiente) en la posesión del espacio, es imposible” (p. 59).

¹⁷ Siguiendo la definición de Néstor García Canclini, *Culturas híbridas: Estrategias para entrar y salir de la modernidad*, México, Grijalbo, 1989.

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

parte de lo que llamamos nación, término no sólo sociológico, sino también con una carga de juridicidad,¹⁹ porque de este concepto derivan situaciones jurídicas y se desprenden derechos y obligaciones. El problema es que se volvió a cometer el error de siempre, se hizo la reforma indígena sin los indígenas, un contrasentido que venimos arrastrando desde hace 200 años. Los tres poderes del Estado mexicano cerraron sus oídos a una realidad avasallante, y tenemos que conformarnos entonces con la redacción de un artículo constitucional hecho “para ellos”.²⁰

Puesto que por el momento sólo existe este derecho constitucional indígena, tendremos que atenernos al mismo y tratar de aprovecharlo en beneficio de los propios pueblos indígenas y sus habitantes. De la lectura del artículo constitucional en cuestión deriva la necesidad de dotar al sistema jurídico mexicano de los instrumentos indispensables para la protección de los indígenas, además el Estado mexicano quedaría comprometido con la protección de lenguas, culturas, costumbres, recursos y formas específicas de organización social.

Ahora bien, el análisis de la cuestión indígena y de la multiculturalidad (que en nuestro contexto constitucional están de manera íntima vinculados como temas) debe partir, por un lado, del artículo 2o. constitucional, teniendo en cuenta lo que corresponde a la sentencia que estamos comentando, porque es el parámetro al que está sujeto también el juez electoral, un tipo

¹⁹ Véase José Ramón Narváez Hernández, “El concepto jurídico de nación en tiempos de Juárez. Construcción-destrucción de una cultura jurídica”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, vol. XX, 2008, pp. 173-187.

²⁰ Como es bien sabido, la iniciativa presentada por el Ejecutivo y aprobada por el Congreso y las legislaturas necesarias para la reforma, fue cuestionada por más de 300 controversias constitucionales que llegaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), interpuestas por municipios indígenas de diversas entidades federativas, la Corte desechó estas solicitudes con lo que el Estado mexicano reafirmó una postura que ha mantenido por 200 años que implica la creación occidental del derecho indígena (absorción) y no su reconocimiento, por lo que en términos lógicos hay una contradicción interna que invalidaría el derecho indígena mexicano. Véase Guadalupe Espinoza Saucedo, Francisco López Bárcenas y Abigail Zúñiga Baldera, *Los pueblos indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, Convergencia socialista/Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas/Comisión Independiente de Derechos Humanos de Morelos, 2002.

de juez constitucional; pero también sería importante analizar el derecho de los tratados, el derecho internacional público porque México está obligado a ello, aunque nos pese la soberanía y tengamos una historia negativa de irresponsabilidad internacional.²¹

El precepto dice que:

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.

Este párrafo sugiere una lectura descriptiva, lo que en lógica se llama argumento apodíctico. Es evidente que existen grupos indígenas con antecedentes previos a la conquista, puede o no gustarnos la redacción, pero lo cierto es que el reconocimiento de esta realidad implica lo que a continuación normará el artículo. El segundo párrafo nos dice:

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. 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.

²¹ México es, por ahora, el último país en aceptar la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, además de aceptar la Convención Americana con reservas, sumándole que supedita los tratados no sólo a la Constitución, sino a la interpretación constitucional de la Suprema Corte que en poquísimo o en nada atiende la regulación interamericana. Ni que hablar de la falta de un sistema de absorción de las recomendaciones y sentencias del sistema interamericano en materia de indemnización. Se menciona esto porque es un tópico importante a nivel jurisdiccional interamericano el tema indígena.

Como es bien sabido, al inicio este artículo era sólo programático, las nuevas adiciones intentaron hacerlo pragmático. Aunque intentando problematizar el contenido de este primer párrafo, todavía queda mucho por entender para conocer qué tanto un pueblo indígena determinado conserva o no sus instituciones, y qué calificación jurídica se puede dar a esta conservación y, en su caso, al cambio;²² pongamos un ejemplo: la Constitución garantiza las instituciones indígenas, como puede ser el caso de un sistema de elecciones; supongamos que en un pueblo indígena el grupo encargado de llevar a cabo las elecciones decide cambiar el sistema, lo que origina una pugna que divide en opiniones al pueblo, o incluso peor, resultan electos dos candidatos distintos, producto de los distintos sistemas de elección; algunas corrientes contemporáneas sugerirían que se evalúen los argumentos de uno y otro bando, porque tal vez está justificado el cambio; el problema sería el de la autodeterminación, el pueblo debería decir cuál es el sistema que considera más adecuado, pero en este caso hay una disputa; no es obligado que prevalezca el sistema más antiguo, y ni siquiera tal vez el más racional a los ojos del buen observador occidental, pues esto implicaría asimilación, que es contra la multiculturalidad.

Un caso que por algunos de sus supuestos podría encuadrar en la problemática apenas señalada sería el de Eufrosina Cruz, quien el 4 de noviembre de 2007 ganó una elección para el gobierno municipal de Santa María Quiébolani, en Oaxaca, bajo el sistema de usos y costumbres, pero se le notificó que no tenía derecho a votar y ser votada por ser mujer, por lo cual la comunidad decidió, por usos y costumbres, anular el triunfo; aquí el problema ni siquiera es entre un sistema tradicional y uno nuevo, sino sobre el mismo sistema tradicional. Eufrosina acudió al Instituto Electoral

²² Una experta en interpretación jurídica como lo es la profesora Tecla Mazzaresse nos ha planteado justo este problema, puesto que nuestros estados se han olvidado de la costumbre, ahora que tienen que juzgar en ocasiones tratando de hacer una interpretación acerca de esta fuente; no existen los elementos hermenéuticos ni bibliografía, ni foros donde se discuta este tema, en concreto, el de cómo interpretar la costumbre. Dejamos por ahora planteada la cuestión.

de Oaxaca para denunciar la violación a sus derechos políticos; sin embargo, ese instituto avaló la decisión que desconocía el triunfo de la mujer indígena con argumentos que podrían hacerse pasar por constitucionales, pero que parecen injustos y aun discriminatorios. Por desgracia Eufrosina no continuó por la vía jurisdiccional, puesto que de hacerlo, nos hubiera permitido observar qué resolvería la autoridad jurisdiccional y se hubiera sentado un precedente importante.

Otro problema hermenéutico que se puede presentar, y al que se han enfrentado constituciones como la nuestra —que han reconocido la “indigeneidad”—, es definir bajo qué condiciones o supuestos estamos frente a un indígena. En cualquiera de los casos hay que apelar a la identidad, y aquí entramos en un sector filosófico: lo idéntico es similar a sí mismo, no cabe la comparación, pues de lo contrario estaríamos en presencia de otro concepto igual de complicado (o más) como es la igualdad. Ahora bien, la identidad es un asunto personal; de manera filosófica suena muy bien, pero en la práctica, ¿hasta dónde permitir que lo idéntico se identifique? En el caso colombiano, por ejemplo, el derecho permite que cada uno se autodefinan, sin embargo, esto ha originado un problema de instrumentalización de la identidad, pues hay personas que se dicen de una etnia para recibir del gobierno programas destinados a ese grupo étnico. Sucede algo similar en las cuestiones de género con personas que han cambiado de sexo; entonces, ¿cómo definirnos? De modo seguro la respuesta no es individual, porque en la práctica no existen sujetos aislados, sino personas, con toda la carga conceptual de la idea de persona como ente relacional que forma parte de una sociedad en la cual se genera un orden que es origen y motivo del derecho.²³

Un asunto relacionado con el tema arriba expresado es el que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el Amparo directo en revisión 1624/2008, en la sesión del miércoles 5 de noviembre de 2008. La Primera Sala de la SCJN decidió ampa-

²³ Véase José Ramón Narváez Hernández, *La persona en el derecho civil (Historia de un concepto jurídico)*, México, Porrúa, 2005.

rar a Jorge Santiago, indígena oaxaqueño a quien se le seguía proceso por la ingestión de huevos de tortuga, cuestión que el defensor de oficio federal argumentó fue de acuerdo con sus usos y costumbres. El ministro ponente defendió el proyecto puesto que con una decisión en favor del quejoso se estaría materializando el beneficio que otorga el artículo 2o. de la Constitución.

Con esta sentencia, y en el futuro próximo con las tesis surgidas de ella, se avanza en el entendimiento de la condición de nuestros indígenas y la adecuación de los sistemas tradicionales al sistema jurídico mexicano; entre los argumentos esgrimidos se encuentran aquellos por los cuales se extiende el criterio formal debido al cual el juez que conoce el amparo no puede incluir en etapas posteriores el argumento de la indigeneidad del sujeto bajo proceso, o el que algunos indígenas hablen además de su dialecto otros idiomas.

Sigamos adelante en el análisis de la reforma constitucional. Parece que ésta postula una disyuntiva muy interesante en clave democrática: si existe la posibilidad de un nuevo derecho reconocido por el Estado mexicano esto implicaría dos acciones que en la práctica podrían contraponerse. La primera: si aceptamos que el derecho es un fenómeno social que se desarrolla en el seno de un grupo que busca organizarse y darse un ordenamiento para alcanzar el bien común, entonces tendríamos que armonizar, a través de procesos de diversa índole, los diferentes ordenamientos existentes (reconocimiento jurídico y formal de la pluralidad jurídica), si esto se hiciera sin el reconocimiento estatal estaríamos de todos modos frente a un fenómeno jurídico que toma en consideración la existencia material de una constitución plural a través de un instrumento que ha existido siempre: la costumbre. La segunda: si en cambio reconocemos como derecho sólo el producto del legislador, entonces habría que diseñar una ley indígena que materializara el artículo 2o. constitucional. Cualquiera de las dos opciones tiene sus complicaciones.

En cuanto a la segunda opción, que es la que ha elegido unilateralmente el gobierno mexicano, y ante la cual los indígenas resul-

taron más tolerantes e intentaron incluso solventarla, se planteó entonces la creación de una ley sobre los asuntos indígenas. Entre las diversas propuestas, los indígenas, mediante un proceso parlamentario autónomo, tomaron unos Acuerdos en San Andrés Larrainzar e intentaron validarlos ante el Poder Legislativo mexicano. El gobierno se empeñó en desoírlos; vino incluso una propuesta de ley por parte de una Comisión mixta, denominada para la Concordia y Pacificación (COCOPA), nacida con el propósito de solucionar el conflicto chiapaneco. En su momento, el Poder Ejecutivo presentó su propia propuesta; también lo hicieron algunos partidos políticos, organizaciones no gubernamentales y algunos académicos.

La discusión sobre el derecho indígena no ha terminado, por el contrario, la preocupación aumenta y los temas de encuentro y desencuentro entre los pueblos indígenas, sus integrantes, la sociedad y el Estado mexicano presentan siempre nuevas interrogantes. Muestra de ello puede ser la misma consulta nacional que hizo el Poder Judicial de la Federación y que dio como producto final el llamado *Libro blanco*, donde también se observaron algunas propuestas sobre “justicia indígena”. Las insistentes demandas de algunos indígenas a las autoridades mexicanas, incluida la SCJN y el TEPJF, urgen a repensar el tema.²⁴

En general, las propuestas sobre una ley indígena se centran en lo siguiente:

- Protección a los pueblos indígenas.
- Acceso real a la educación y capacitación.
- Acceso garantizado a la justicia.
- Mayor participación política.

²⁴ Muestra de ello es lo ocurrido recientemente en la resolución de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación acerca de los detenidos por la masacre en Acteal, la cual no dejó satisfechas las demandas de justicia de los indígenas involucrados en el caso. Si bien pueden esgrimirse argumentos de tipo procesal, parece que a la SCJN se le pide cada vez con más insistencia que tome en serio su papel como intérprete de la Constitución y resuelva con argumentos no sólo formales sino de justicia material.

- Mayor representación política.
- Promover y preservar las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas.
- Garantizar la satisfacción de las necesidades básicas.
- Desarrollar y promover la creación de trabajos.
- Promover el desarrollo productivo.
- Reconocimiento de los pueblos indios en la Constitución.

En el ámbito internacional, suele citarse como un hecho emblemático el que México ratificara en 1991 el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo, lo que supuso un compromiso internacional, puesto que en dicho convenio el Estado mexicano se compromete a legislar y proteger los derechos, tanto colectivos como individuales, de los pueblos indios.

Por otro lado, México, al ser una Federación, ha permitido la diversificación de los esfuerzos:²⁵ en el nivel federal se han adecuado (por no decir remendado) varias leyes a la reforma constitucional, las más importantes son:²⁶

1. El artículo 27 constitucional que dispone, en su fracción VII, que las tierras indígenas deberán protegerse.
2. El artículo 164 de la Ley Agraria dispone que los Tribunales Agrarios suplirán las deficiencias en los planeamientos de derecho que realicen los indígenas.

²⁵ Que es justo lo que dice el artículo 2o. constitucional: "El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico."

²⁶ Una útil recopilación en la que se encontrarán los textos completos no sólo de los documentos legales referentes al tema en México sino en la mayoría de los países latinoamericanos, véase Gisela González Guerra, *Derechos de los pueblos indígenas. legislación en América Latina*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1999. Nuestro *iter* jurídico en este tema se abre con la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, del 10 de marzo de 1995.

3. En la Ley de la Procuraduría Agraria se establece que los grupos indígenas tienen derecho a ser asesorados, asistidos y representados por este organismo en sus reclamaciones y promociones agrarias ante diversas dependencias y autoridades federales, estatales y municipales.
4. En el artículo 52 del Código Penal Federal se especifica que "...Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres".
5. El artículo 28 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que "... Cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos no hablen o no entiendan suficientemente el idioma castellano, se les nombrará, a petición de parte o de oficio, uno o más traductores... podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante...".
6. Este mismo Código regula especificidades para los hablantes de lengua indígena en sus artículos 103, 124, 128, 146, 154, 198, 220 bis y 223.
7. La Ley General de Educación señala en la fracción IV del artículo 7o. que "...se promoverá, mediante la enseñanza de la lengua nacional —el español—, un idioma común para todos los mexicanos, sin menoscabo de proteger y promover el desarrollo de las lenguas indígenas".

En cuanto a las entidades federativas, se han hecho cambios en las constituciones locales y se ha legislado en asuntos indígenas en algunas de ellas. Entre las más destacadas están la del estado de Oaxaca, promulgada en 1998. Ya en 1997, se habían modificado los artículos 12 y 16 de la Constitución estatal para reconocer, en el primero, las formas de trabajo colectivo tradicional, en especial el tequio; y, en el segundo, la composición pluriétnica del estado, definiendo y otorgando derechos, individuales y sociales a los indígenas.

La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca, que funda sus antecedentes en nueve artículos de la Constitución estatal y 13 leyes reglamentarias, toda esta “reforma orgánica”, puede dividirse en dos grandes temas: uno referido al reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos de derecho; y, otro, a los derechos reconocidos, que a su vez pueden subdividirse en varios bloques: derechos culturales, educación, organización social, justicia y derechos políticos. La ley oaxaqueña establece a grandes rasgos que las disposiciones establecidas en materia indígena constituyen las prerrogativas mínimas para la existencia, supervivencia, dignidad y bienestar de dichos pueblos y comunidades indígenas, tales disposiciones serán supletorias en materia de derechos y obligaciones de los pueblos y comunidades indígenas. Además, la ley reconoce como pueblos indígenas a: amuzgos, cuicatecos, chatinos, chinantecos, chocholtecos, chontales, huaves, ixcatecos, mazatecos, mixes, mixtecos, nahuas, triques, zapotecos y zoques, así como a las comunidades indígenas que conforman aquellas comunidades. El ordenamiento oaxaqueño tiene como finalidad la protección, también, de las comunidades afromexicanas y de los indígenas pertenecientes a cualquier otro pueblo procedentes de otros estados de la República y que residan dentro del territorio del estado de Oaxaca, por lo que la ley es sólo enunciativa en el caso de reconocimiento de personalidad jurídica, cuestión que se avala al definirse y reconocer las personalidades del Estado, los pueblos indígenas, las comunidades indígenas, y otros conceptos como autonomía, territorio indígena, derechos individuales, derechos sociales y sistemas normativos internos.

Otros estados también se han dado a tarea similar y han legislado en materia indígena, modificando algunos artículos en sus constituciones estatales para reconocer la pluriculturalidad; otros han elaborado una legislación *ad hoc*, entre ellos: Chiapas, Veracruz, Puebla, Nayarit, Quintana Roo y San Luis Potosí.

Los cambios legislativos y los convenios internacionales firmados por México, orillan cada vez más a que el Estado reconozca

los derechos (al plural) de los pueblos indígenas, y que estos cuenten cada día con más protección legal para el desarrollo libre de sus culturas y formas de vida.²⁷

Continuando con la glosa del artículo 2o. constitucional, la parte siguiente en el análisis pretende generar criterios más prácticos para resolver posibles conflictos en la interpretación de lo que podríamos llamar principios constitucionales en materia indígena, que son la autodeterminación, la capacidad propia de cada pueblo para asumir sus instituciones, derechos y obligaciones, y en lo individual, la capacidad de cada miembro de la comunidad para tomar conciencia de su identidad y de lo que ésta conlleva; la autonomía, que es la libertad de generar sus propias normas en consideración de los compromisos adquiridos; usos y costumbres, como las formas tradicionales por las que se norma la comunidad.

Los criterios a los que nos referíamos están contenidos en las siguientes fracciones y se refieren a la materialización de la garantía que la Constitución hace de los principios antes citados:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

Como venimos diciendo, de nada serviría que las comunidades indígenas en México contaran con los principios dichos si no contaran con la capacidad de decidir sus formas de autogobierno: es la posibilidad de materializar la autarquía a la que se refería la filosofía política clásica y que es propia de toda comunidad. Ante la crisis de la comunidad nacional, qué mejor opción que fortalecer este tipo de comunidades más pequeñas.

²⁷ Como ejemplo emblemático señalamos la existencia material y abundante de la justicia indígena, no de la elaborada por el Estado para ellos, sino de la justicia ejercida en las comunidades indígenas, que podríamos llamar justicia comunitaria y que algunas veces suele interactuar con la justicia oficial. Véase nuestro trabajo, José Ramón Narváez Hernández, "La otra justicia. Una experiencia de justicia comunitaria", *Problemas actuales del derecho social mexicano*, México, ITESM/Porrúa, 2007, pp. 95-119.

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.

Por el tema que nos ocupa en esta fracción, casi cada palabra nos tomaría un estudio independiente; iniciando con la calificación que da al orden jurídico indígena como un “sistema normativo”.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

A propósito de este tema, también relacionado con la fracción VIII de este artículo, la SCJN ha analizado algunos asuntos.²⁸ La Primera Sala concedió amparo a Jacinta Francisco Marcial, indígena ñaño, puesto que durante el proceso judicial no contó con un defensor de oficio que conociera su cultura y hablara su lengua. Francisco Marcial fue arrestada el 3 de agosto de 2006, acusada de secuestro; se le condenó a 21 años de prisión y dos mil días de salario mínimo.

El caso se desencadenó en marzo de ese año, cuando miembros de la Agencia Federal de Investigación llegaron a la plaza central de la comunidad de Santiago Mexquitlán y realizaron un operativo antipiratería, lo que derivó en un enfrentamiento. Los agentes aseguran que fueron retenidos por un grupo de comer-

²⁸ Véase el Amparo Directo en Revisión 28/2007, Dionicio Cervantes Nolasco y otros.

cientes. Jacinta apareció fotografiada en diarios locales, lo que se utilizó como prueba de su participación.

Los ministros de la Primera Sala concluyeron que el juez del caso malinterpretó los artículos 2o. y 20 constitucionales, los cuales establecen el derecho de los indígenas a contar con una defensa adecuada, por lo que revocaron su sentencia y concedieron el amparo.

El derecho a un traductor o intérprete, coincidieron, significa que las partes involucradas en un proceso que no dominen el idioma deben contar con los medios suficientes para una eficaz comunicación.

VIII. 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. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

Comentaremos sólo algunos aspectos con respecto a esta fracción, porque el asunto lo amerita.²⁹ El acceso a la justicia se ha constituido como un tema fundamental de nuestros estados contemporáneos, es la garantía por excelencia; si no hay acceso a la justicia, no hay nada. Para Cappelletti, uno de los grandes exponentes de este concepto, sea que lo consideremos como un derecho subjetivo

²⁹ La cuestión es interesantísima porque supone que para un efectivo acceso a la justicia que los tribunales, sobre todo los constitucionales, entiendan el elemento multicultural y puedan tutelarlos del mejor modo posible, el problema lo enfrentan también tribunales como los europeos donde deben tratar de armonizar intereses y derechos, véase Sabino Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Italia, Donzelli, 2009.

o como una garantía, resulta claro que este principio se encuentra en la base de todo ordenamiento jurídico que permita “al pueblo ejercer sus derechos y/o solucionar sus conflictos” y que establezca “que el sistema legal debe ser igualitariamente accesible a todos y, además, estar encaminado a que su funcionamiento sea individual y socialmente justo”.³⁰

Por ende, el justiciable es el protagonista por excelencia de la trama judicial además de sus intenciones. Siguiendo a Luc Boltanski, no podemos “renunciar a las ilusiones de los actores... debemos tomar a las personas en serio”,³¹ sólo así lograremos: a) la legitimación de los argumentos, de las propuestas, de las acciones que requieren de los actores sociales que conocen, interpretan y manipulan los recursos culturales; y b) un terreno hecho de principios que se consideraban comunes y a los cuales se podía apelar como legítimos. La historia de las ideas se abre a esta historia social a partir de motivaciones internas, para comprender mejor cómo la fuente ha sido construida y por tanto, cómo los mismos comportamientos se han presentado.³²

Para concluir, cabe señalar que, en mi opinión, este enfoque podría ser útil para descubrir una historia de los derechos fundamentales en México en los inicios del siglo XX, cuando a la Constitución comienza a exigírsele (a diferencia del siglo XIX en que poco o nada se le demandó) operatividad. El derecho subjetivo es muchas veces utilizado como pretexto para no cumplirse, esto es muy claro en el constitucionalismo mexicano decimonónico, que entronizó los derechos pero no explicó los procesos para hacerlos eficaces. La ausencia de un derecho adjetivo o procesal originó una tensión que determinaría el destino del siglo XX: un siglo de concienciación, pues el hombre descubrió cómo la Constitución podía ser manipulada y comenzó a buscar

³⁰ Mauro Cappelletti y Brian Garth, “General Report”, *Access to Justice. A World Survey*, Italia, Giuffrè Editore, 1978, p. 6.

³¹ Luc Boltanski, *L'amour et la justice comme compétences*, Francia, 1990.

³² Simona Cerutti, *Giustizia sommaria. Pratiche e ideali di giustizia in una società di Ancien Régime*, Italia, Feltrinelli, 2003, p. 21.

los medios para defenderla, protegerla y controlar el poder a través de ella, considerándola garante de esos derechos.

La defensa constitucional se hizo a través de la administración de justicia por medio del juicio de amparo, pero no es tan simple, porque en México es necesario dar lectura a esta cultura específica del procesalismo constitucional que se transformó en legalismo institucional y que generó un doble lenguaje entre formalidad e informalidad, entre cultura de la administración de justicia y cultura del justiciable, que muchas veces confluyen, pero no por ello resulta posible leer una a través de la otra, sino que es necesario distinguirlas, pues son diferentes. El problema es en gran parte que este doble discurso ha querido trasladarse al proceso constitucional electoral, lo que ha originado un retraso en un acceso efectivo.³³

Continuando con el comentario al artículo 2o. constitucional, el inciso B desarrolla una serie de compromisos por parte de 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.

Este marco normativo es el que nos permitiría hablar de acciones y discriminación positivas, es más, nos permitiría hablar de un principio rector de toda política pública o acto administrativo, incluido el proceso por el cual todo servidor estaría obligado a ser equitativo en relación con los indígenas, es decir, a tratar de asistirlos en cualquier momento para lograr una igualdad material respecto a los servicios que presta el Estado.

³³ Es una de las críticas que recientemente han hecho Manuel González Oropeza y Carlos Báez Silva, "La desconcentración del control de la constitucionalidad en México", *Estudios Comparados de Jurisprudencia II*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (en prensa).

Por último, respecto al tema que nos ocupa, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (2008) en su artículo 4o. tutela los siguientes derechos:

1. Votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación que se ejerce para integrar órganos del Estado de elección popular. También es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular.

Además los artículos 25 inciso e, 78 fracción V y 219, contemplan la discriminación positiva en materia de género, pero por lo que aquí se ha explicado y se explicará, parecen necesarias iguales disposiciones en materia indígena. La misma sugerencia se trasladaría a la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

IV. Acciones afirmativas y discriminación positiva

En nuestro país son temas nuevos aquellos derivados de las acciones materiales para mitigar la discriminación, tal vez porque en gran medida seguimos siendo discriminadores y es un tema tan inoculado en la sociedad que es difícil percibirlo desde dentro.³⁴

³⁴ Un esfuerzo académico es el que emprendió Carlos de la Torre Martínez convocando a un seminario sobre el tema en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y que desembocó en una publicación, Carlos de la Torre Martínez (coord.), *Derecho a la no discriminación*, México, UNAM, 2006, en donde se trataron temas como: América Latina: derechos sociales y desarrollo, Igualdad, necesidades y derechos, Una idea teórica de la no discriminación, La dignidad de la persona, Fundamento del derecho a no ser discriminado injustamente, Discriminación y pluralismo, Ética y pluralidad cultural: hacia una ética de la cultura, El desarrollo del derecho a la no discriminación en el Sistema de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y la prevención de la discriminación, La estructura jurídica del derecho a la no discriminación, Consideraciones sobre la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, Legislación y las políticas antidiscriminatorias en México: el inicio

Baste señalar como ejemplo, al menos en el campo semántico y simbólico, lo despectivo y el uso recurrente que se da a la palabra indio.

Por otro lado, el uso de los mecanismos como las acciones afirmativas y la discriminación positiva, debe hacerse de modo prudente pues puede caerse en un exceso o dar la vuelta a la paradoja: a más protección, mayor discriminación y en cierta medida inequidad. Así que ¿cómo proteger sin discriminar?

A la respuesta a esta pregunta se le asignó una categoría conceptual. Se trataba de discriminación positiva, es decir, en algunos casos discriminar es benéfico, o podría plantearse en términos aforísticos: la norma o acción es justa si es en favor del hombre, una especie de interpretación *pro homine*. Pero esta idea no deja de tener problemas: primero puede favorecer políticas paternalistas y/o populistas, o peor aún, revanchistas, que al final pueden generar una injusticia mayor.

Parece que la teoría clásica de la justicia³⁵ nos aporta siempre mayores luces, la consideración de que en cada caso debe hacerse lo que es justo, actividad relacionada con la Jurisprudencia como actividad de quien tiene autoridad para proponer soluciones justas apoyado en la experiencia que aporta la propia actividad. En pocas palabras, cuando se considera en un caso específico por cuestiones de equidad, dar un poco más a alguno (justicia conmutativa) debe también considerarse el impacto que tendrá esta repartición en relación con la comunidad (justicia distributiva), además porque la misma naturaleza de la actividad hace que esa decisión se constituya en referente normativo para casos posteriores.

de un largo camino, Igualdad, no discriminación (y políticas públicas); a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población, Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas, El holocausto guatemalteco y el derecho a conocer la verdad y recuperación de la "memoria histórica". Un nuevo derecho colectivo de los pueblos, Pobreza, familia y envejecimiento poblacional en México y El derecho a la no discriminación por motivos de edad: niñas, niños y adolescentes.

³⁵ Dar a cada uno lo suyo, según fórmula de Celso.

La acción afirmativa intenta ir un poco más allá de la discriminación positiva. En principio podría decirse que su naturaleza es más bien preventiva, se trata de prever una inequidad, por eso se toman acciones para nivelar el acceso a un derecho, porque en la materialidad no se dan las circunstancias para ello. Pero aquí puede también presentarse el mismo problema señalado arriba: el encargado de establecer la acción debe ser cuidadoso para evitar a futuro una inequidad mayor que la que se pretende atemperar.

Por supuesto, la idea de una discriminación positiva o inversa, o de acciones en favor de quienes en su momento han sufrido discriminación son ideas performativas que ayudan a mejorar una cultura del respeto al *otro*, pues no hay reglas absolutas y mucho depende del trato uno a uno el lograr una mejor sociedad, por eso la apelación de estas ideas que llaman a reconsiderar la equidad y en cualquier caso a rechazar dogmas totalizadores. Parece entonces necesario matizar; en cada caso nos daremos cuenta de que en realidad este mundo es más bien de diversos que de iguales y que una cierta distinción (porque todos somos distintos) es necesaria en las relaciones humanas. Parece que el límite es un poco aquel ideal kantiano, puesto que para lograr una sociedad son necesarias las relaciones en distintos niveles de sus diversos miembros. En estas relaciones debieran tomarse en cuenta de modo empático las aspiraciones del *otro* respecto a lo que considera necesario para alcanzar su desarrollo personal, y en cualquier caso evitar que en esta relación se instrumentalice alguna de las partes. Cada uno de nosotros es un fin en sí mismo, pero atención, jamás un fin aislado.

A estas alturas nos parece que queda bien entendido que si estamos hablando de acciones y de actuaciones, al menos hemos superado la simulación que implicaría dejar todo este debate a la situación semántica; cierto, es la puerta de entrada y un indicador de posible discriminación, pero tampoco debemos exagerar en las *formas* del decir, cuando en otros derroteros la discriminación puede generar en la práctica situaciones tan ominosas como la

marginación y todo lo que puede derivar de ésta (falta de derechos, opresión, esclavitud, etcétera).

Para Velasco Arroyo la discriminación positiva consiste:

Básicamente en la puesta en marcha de medidas que, aunque formalmente discriminatorias, están destinadas a eliminar o a reducir desigualdades fácticas; se aplican, preferentemente, en el ámbito laboral, el sistema educativo y la política de vivienda. Un rasgo característico de estos programas sociales y reglamentaciones especiales es que se establecen en virtud de criterios étnicos o de género. Así, y de acuerdo con dichas pautas, en numerosas universidades estadounidenses y en diferentes departamentos de la administración pública o bien se reserva un número mínimo de plazas para determinadas minorías o bien se considera la preferencia racial como un posible factor de selección, entre otros: en primer lugar, y como ya se ha indicado, en favor de los afroamericanos descendientes de esclavos y, luego, también a otros grupos tan heterogéneos como mujeres, americanos nativos o aborígenes, latinos, asiáticos, etc. Algunas de estas políticas de admisión sensibles a la raza y a otros indicadores de grupo son vinculantes no sólo para las administraciones públicas sino también para las empresas privadas, de tal manera que si éstas no cumplen con los cupos asignados a los diferentes grupos minoritarios pierden el acceso a créditos y contratos públicos e incluso pueden llegar a ser sancionadas. Siguiendo este mismo modelo, diversos países del Viejo Continente, así como la propia Unión Europea, a través de la “Directiva sobre igualdad de trato” del 9 de febrero de 1976, han ido adoptando medidas promocionales sobre todo en favor de las mujeres para facilitar su acceso a determinados puestos de administración pública. Con la misma finalidad, algunos partidos políticos de distintos países —empezando por los escandinavos— han establecido

en los órganos de dirección cupos mínimos de representación reservados a las mujeres.³⁶

Como lo establece este autor y la gran mayoría de la bibliografía, el concepto de acción positiva o afirmativa surgió en los Estados Unidos en el ámbito judicial, no sólo porque ese es el ámbito al que por tradición en ese sistema se le asigna la tarea de la protección de los derechos humanos, sino también porque se dice que existe una preocupación latente de que la legislación no lograba paliar el fuerte racismo que se daba en aquel país desde su nacimiento y hasta bien entrado el siglo XX, y nos podríamos atrever a decir que hoy mismo.³⁷

Estas mismas razones aplicarían también para entender que el asunto entró de manera inmediata en el ámbito de la interpretación constitucional; la Constitución norteamericana (como la mayoría) partía del presupuesto de la igualdad, pero la práctica fue otra. Puesto que la bibliografía sobre cómo nuestros vecinos del norte han tratado el tema es abundantísima, sólo la citaremos para quien desee consultarla³⁸ y ahora nos ocuparemos

³⁶ Juan Carlos Velasco Arroyo, "Discriminación positiva, diversidad cultural y justicia", *Daimon. Revista Internacional de Filosofía*, España, núm. 41, 2007, pp. 141-156, <http://digital.csic.es/bitstream/10261/4745/1/%2bDiscriminaci%20positiva%2c%20diversidad%20cultural%20y%20justicia%20-%20Daimon%202007.pdf>

³⁷ Véase Nuria González Martín, "Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas", *Derecho a la no discriminación*, *op. cit.*, pp. 307-367. A nuestro parecer el antecedente más claro lo tendríamos en los distintos casos que se presentaron cuestionando la educación segregada, casos que están documentados desde 1849 en Boston, Massachusetts, además de otros tantos que se dieron entre 1881 y 1949 en Kansas, aunque el más famoso es el caso *Brown vs. Board of Education of Topeka* (347 U.S. 483) de 1954 al cual se agregaron doce demandas de otros padres quienes lograron al final ganar el juicio y sentar un precedente importante que se extendió para otro tipo de juicios donde se alegaba discriminación. Esto se llevó a la práctica de manera radical el ejemplo más famoso se dio en 1957, cuando el presidente Dwight Eisenhower envió tropas federales a Little Rock, en Arkansas, luego que el gobernador Orville Faubus desobedeció una orden del Tribunal Federal que integraba las escuelas del estado; fue la primera vez, desde los primeros años que siguieron a la guerra civil, que soldados federales entraron en el sur para proteger a los afroamericanos.

³⁸ Philip C. Aka, "The Supreme Court and Affirmative Action in Public Education, with Special Reference to the Michigan Cases", *Law Journal*, Brigham Young University Law School, 2006; Christopher D. Totten, "Constitutional Precommitments to Gender

de los asuntos que en nuestro país se han originado en relación con estas ideas para tratar de ubicar la sentencia que estamos analizando.

Primero habríamos de citar el texto constitucional. Ni más ni menos que el primer artículo de dicho documento nos dice:

Affirmative Action in the European Union, Germany, Canada and the United States: A Comparative Approach”, *Berkeley Journal of International Law*, 2003; Fran Ansley, “Affirmative Action: Diversity of Opinions, Classifying Race, Racializing Class”, *University of Colorado Law Review*, otoño, 1997; Ian Ayres, y, Fredrick E. Vars., “When Does Private Discrimination Justify Public Affirmative Action?”, *The Columbia Law Review*, noviembre 1998; Carle E. Brody, “A Historical Review of Affirmative Action and the Interpretation of its Legislative Intent by the Supreme Court”, *Akron Law Review*, invierno, 1996; Nancy Chung Allerd, “Asian Americans and Affirmative Action: From Yellow Peril to Model Minority and Back Again”, *Regents of the University of California Asian American Law Journal*, mayo, 2007; Kim, Forde-Mazrui, “Taking Conservatives Seriously: A Moral Justification for Affirmative Action and Reparations”, *California Law Review*, mayo, 2004; Roger Pilon, “Discrimination, Affirmative Action, and Freedom: Sorting out the ISSUES”, *The American University Law Review*, febrero, 1996; Isaac Simon, “Comment: Constitutional Theory Building in the Context of the Fourteenth Amendment: The History of Affirmative Action”, *Chicano-Latino Law Review*, primavera, 2002; Michel Rosenfeld, “Book Review: Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry”, *Cardozo Law Review*, Yeshiva University, abril, 1993; Devon W. Carbado y Mitu Gulati (coord.) “REVIEW ESSAY: What Exactly Is Racial Diversity? Silence at Boalt Hall: The Dismantling of Affirmative Action by Andrea Guerrero”, *California Law Review*, julio, 2003; Hugo Delgado, “Black Lecture: Ten Arguments Against Affirmative Action — How Valid?”, *Alabama Law Review*, otoño, 1998; Darlene C. Goring, “Private Problem, Public Solution: Affirmative Action in the 21st Century”, *Akron Law Review*, 2000; OH, Reginald, “Critical Race Theory: History Evolution and New Frontiers: Article: Re-mapping Equal Protection Jurisprudence: A Legal Geography of Race and Affirmative Action”, *The American University Law Review*, agosto, 2004; Cruz Reynoso y William C. Kidder, “Article: Tribal Membership and State law affirmative Action Bans: Can Membership in a Federally Recognized American Indian Tribe be a Plus Factor in Admissions at Public Universities in California and Washington?”, *Chicano-Latino Law Review*, 2008; Dinesh D’souza y Christopher Edley Jr., “Debate: Affirmative Action Debate: Should Race-based Affirmative be Abandoned as a National Policy?”, *Albany Law Review*, 1996; Susan Low Bloch “Essay: Looking Ahead: The Future of Affirmative Action”, *The American University Law Review*, agosto, 2003; Athena S. Cheng, “Comment: Affirmative Action for the Female Entrepreneur: Gender as a Presumed Socially Disadvantaged Group for 8(a) Program Purposes”, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 2001; Lara Hudgins, “Rethinking Affirmative Action in the 1990s: Tailoring the Cure to Remedy the Disease”, *Baylor Law Review*, verano, 1995; Sean Pager, “Strictness and Subsidiarity: An Institutional Perspective on Affirmative Action at the European Court of Justice”, *Boston College International & Comparative Law Review*, invierno, 2003; Shaakirrah R. Sanders, “Twenty-five Years of a Divided Court and Nation: Conflicting Views of Affirmative Action and Reverse Discrimination”, *Board of Trustees of the University of Arkansas at Little Rock Law Review*, otoño, 2003.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

La cual se aterriza en la ley orgánica respectiva, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003:

Artículo 1.- Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de interés social. El objeto de la misma es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación que se ejerzan contra cualquier persona en los términos del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como promover la igualdad de oportunidades y de trato.

Artículo 2.- Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y a 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.

De los artículos citados se deduce que el Estado mexicano está obligado no sólo a no discriminar a través de sus servidores públicos, sino también a promover, evitar y eliminar las formas de discriminación negativa, es decir, a realizar acciones afirmativas, lo cual en la teoría contemporánea de la administración pública plantearía la posibilidad de generar una obligación efectiva del Estado y de excitar al Estado a asumir una responsabilidad en caso de no cumplir con esta obligación aun por omisión. Todo

esto, como podrá intuirse, sugiere una serie de complicaciones prácticas que pese a no estar consideradas en el sistema constitucional mexicano de modo formal, no podemos menospreciar, puesto que la jurisdicción norteamericana pesa sobre nosotros ahora con la aceptación de la misma, y en muchos casos se tendrá que justificar porque se creyó que con una determinada acción el Estado mexicano no discriminaba, o en su caso, previó acciones afirmativas por medio de ciertas acciones; de dicha argumentación se derivará el hecho de indemnizar o no a una determinada víctima, pero, se crearán precedentes, *ergo*, es impostergable el sano debate de estos temas, y sobre todo buscar referentes (argumentos racionales) más o menos consensados.

Para el tema que nos ocupa, en el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 4o., expone el voto como un derecho político a tutelar que deriva en obligación para los partidos políticos y, por tanto, parámetro para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Votar en las elecciones constituye un derecho y una obligación que se ejerce para integrar órganos del Estado de elección popular. También es derecho de los ciudadanos y obligación para los partidos políticos la igualdad de oportunidades y la equidad entre hombres y mujeres para tener acceso a cargos de elección popular.

V. El caso Filemón Navarro Aguilar sentencia derivada del SUP-JDC-488/2009

El 14 de enero de 2009, el VII Consejo Nacional del Partido de la Revolución Democrática (PRD) emitió una convocatoria para que los militantes de su partido postularan candidaturas para ocupar el cargo de diputado federal a través los principios de mayoría relativa y de representación proporcional que tendrían lugar en los comicios del 5 de julio de ese año.

Mediante sesión del 23 de enero de 2009, el pleno extraordinario del VII Consejo Nacional del PRD acordó reservar 200 candidaturas a diputados federales por el principio de representación proporcional. En dicho acuerdo señala los lineamientos que se tomarían en cuenta a fin de elegir a los candidatos que ocuparían dichos cargos, estos lineamientos consistían en:

1. La Comisión de Candidaturas designada por la Comisión Política Nacional sería la que recibiría las propuestas de candidatos y ciudadanos a ocupar las candidaturas reservadas en las listas plurinominales de las cinco circunscripciones durante el lapso del 1o. de febrero hasta el 14 de marzo de 2009.
2. Las propuestas presentadas deberían cumplir con los requisitos constitucionales, legales, estatutarios y reglamentarios a que hacía referencia la convocatoria para la elección de candidatos a diputados federales.
3. La Comisión de Candidaturas elaboraría los proyectos de dictamen en los que se propondría a las personas que ocuparían las candidaturas reservadas a la Comisión Política Nacional del PRD.
4. La Comisión Política Nacional presentaría al Pleno del Consejo Nacional el dictamen en el que se designarían a las personas a ocupar las candidaturas reservadas.

En ese contexto, Filemón Navarro Aguilar presentó su “formato de propuesta a ser considerado como candidato a diputado federal de representación proporcional” promoviéndose como aspirante a candidato propietario y como suplente a Antonio Cayetano Díaz. En el formato respectivo, ambos ciudadanos se promovieron con base en la acción afirmativa indígena contenida en los estatutos del partido.

Del 28 al 30 de marzo de 2009, se celebró el 2o. Pleno extraordinario del VII Consejo Nacional del PRD, en el cual se aprobaron

las candidaturas de diputados federales por el principio de representación proporcional.

El 3 de abril siguiente, al no encontrarse dentro de la lista a diputados plurinominales, Filemón Navarro Aguilar impugnó mediante inconformidad la anterior aprobación de candidatos, dando lugar al expediente INC/GRO/570/2009, el cual fue turnado a la Comisión Nacional de Garantías del PRD, que resolvió el 13 del mismo mes y año, declarando infundados los agravios del inconforme.

Al no encontrarse de acuerdo con la resolución, por obvias razones, Filemón Navarro Aguilar interpuso juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano (juicio conocido como JDC) ante la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), con sede en el Distrito Federal, asunto que quedó registrado bajo el número SDF-JDC-163/2009, la cual por tratarse de un asunto relevante declinó competencia a la Sala Superior de ese Tribunal.

La Sala Superior del TEPJF aceptó la competencia, radicándolo con el número de expediente SUP-JDC-466/2009, la cual, una vez integrada, resolvió mediante ejecutoria del 13 de mayo de 2009 revocar la resolución emitida por la Comisión Nacional de Garantías del PRD, el 13 de abril de ese mismo año, a través del recurso de inconformidad INC/GRO/570/2009, ordenando a la Comisión respectiva que de manera fundada y motivada expusiera las razones por las cuales Filemón Navarro Aguilar fue excluido de la lista de candidatos plurinominales; asimismo, para que en caso de que dicha exclusión haya sido por incumplimiento de alguno de los requisitos exigidos por la normatividad respectiva o que los mismos no hayan sido requeridos en el momento procesal oportuno, realizara el procedimiento correspondiente para que el actor subsanara tales omisiones.

En cumplimiento a la ejecutoria antes mencionada, la Comisión Nacional de Garantías del PRD emitió el 18 de mayo de 2009 una nueva resolución relativa al recurso de inconformidad promovido por Filemón Navarro Aguilar, en la cual de nueva cuenta denegó

la pretensión del actor de ser incluido como candidato a diputado federal por el principio de representación proporcional que promueve con base en la acción afirmativa indígena.

En esta última resolución la comisión resuelve bajo dos premisas:

1. Que Filemón Navarro Aguilar no acreditó su calidad de indígena y tampoco demostró ser representante de los “pueblos indios”, esto porque, a pesar de que presentó diversas probanzas para tales efectos, las mismas fueron presentadas en respuesta del requerimiento que se le realizó por órdenes de la Sala Superior del TEPJF, las cuales por la fecha que presentan no corresponden a la época de cuando solicitó el registro de su candidatura bajo la acción afirmativa indígena, sino que son documentos extemporáneos para acreditar tal calidad.
2. Que las candidaturas de representación proporcional (la totalidad de éstas) fueron reservadas para su designación directa y, en ese sentido, la Comisión Política Nacional del Partido tiene amplias facultades para determinar quiénes deben integrar las listas de candidatos a diputados federales de representación proporcional, por lo que aun cuando Filemón Navarro Aguilar hubiese acreditado los extremos requeridos en cuanto a su calidad de indígena o representante de los “pueblos indios”, ello no le garantizaba la candidatura pretendida.

Inconforme con la anterior determinación, Filemón Navarro Aguilar interpuso en tiempo y forma (de nueva cuenta) un juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano ante la Sala Superior del TEPJF, asunto que se integró bajo el número de expediente SUP-JDC-488/2009, cerrándose instrucción el 9 de junio de 2009 (éste en sí es el caso que se analiza).

Respecto a este nuevo juicio, Filemón Navarro Aguilar expone los siguientes agravios:

1. La resolución no se apega a lo establecido por la Sala Superior del TEPJF, puesto que la comisión respectiva, en cumplimiento a lo ordenado por la Sala, requirió al actor la documentación respectiva para que acreditara la calidad de indígena, y una vez presentadas no valoró las pruebas exhibidas, desestimándolas por considerarlas extemporáneas.
2. Considera que es ilegal negarle ser incluido en la lista a candidatos a diputado federal por el principio de proporcionalidad, en atención a que la responsable exige el cumplimiento de dos requisitos que no fueron establecidos en la convocatoria respectiva y que no son exigidos por la normatividad del partido, como la acreditación de la calidad de indígena y la acreditación de ser un representante de una comunidad de dichas características, por tanto, serían requisitos agregados *a posteriori*.
3. La Comisión Política Nacional concluye de manera errónea que tiene la facultad arbitraria de designar las candidaturas reservadas, esto es equivocado porque incluso en los casos de reserva se debe respetar la normatividad interna del partido, concretamente lo establecido en el artículo 2o. de los estatutos.³⁹

A fin de resolver la problemática planteada, la Sala Superior del TEPJF suple la deficiencia de la queja en términos del artículo 23, párrafo primero⁴⁰ de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral e inicia su estudio

³⁹ “En el Partido, nadie podrá ser excluido o discriminado por motivo de sexo, pertenencia étnica, orientación o identidad sexual, creencias religiosas y personales, estado civil, condición económica, social o cultural, lugar de residencia u origen, o por cualquier otro de carácter semejante.”

⁴⁰ “Al resolver los medios de impugnación establecidos en esta ley, la Sala competente del Tribunal Electoral deberá suplir las deficiencias u omisiones en los agravios cuando los mismos puedan ser deducidos claramente de los hechos expuestos.”

analizando el último de los argumentos señalados por el accionante.

Al efecto señala que, si bien en sesión del 23 de enero de 2009, el Pleno extraordinario del VII Consejo Nacional del PRD acordó reservar la elección de 200 candidaturas a diputados federales por el principio de representación proporcional, también determinó que dicha selección tendría que ajustarse al procedimiento diseñado para ese efecto. La anterior designación debería estar apegada a la normatividad interna de dichos institutos, sobre todo aquellas reglas que generan obligaciones precisas para la postulación de candidatos y las que tutelan los derechos de los militantes a acceder a alguna candidatura.

Esto es, no se trata de una actuación arbitraria, la que deben desplegar los órganos partidarios al designar a los candidatos, sino que está sujeta a lo que la propia normatividad interna del partido establezca al respecto o de las reglas precisadas en la convocatoria o acuerdos emitidos al respecto, estos últimos tampoco pueden contravenir las disposiciones normativas interpartidarias. Entre líneas debe leerse que si el partido, dentro de las reglas propias que en consenso aprobó y que están reconocidas por el Estado mexicano, consideró oportuno incluir normatividad para hacer efectivas algunas acciones afirmativas, esto debería obligar al partido a respetar dichas reglas en aras de la certidumbre en la nominación interna de candidatos.

Ahora bien, en el caso en cuestión, al diseñarse el procedimiento en el que se presentarían las propuestas de candidaturas, se vinculó a los aspirantes a cumplir los requisitos exigidos en la convocatoria, para luego someterlos a un proceso de valoración que culminaría con un proyecto de dictamen que sería sometido a su aprobación y, por último, como resultado de ese procedimiento, se emitiría la designación de los candidatos, lo cual, por cierto, hace evidente que la determinación de las candidaturas no es arbitraria ni discrecional por parte del órgano político del partido que fue habilitado para la designación.

La propuesta, el dictamen y la decisión conllevan un juicio de valor que debe realizarse a la luz de los requerimientos exigidos en la convocatoria, ya que se vincula a los aspirantes a que, con las propuestas respectivas, se cumplan las exigencias de ésta, lo cual también vincula a los órganos partidarios involucrados en la designación de las candidaturas de diputados plurinominales a verificar la satisfacción de esos requisitos, que de igual forma deben ajustarse a los requisitos constitucionales, legales, estatutarios y reglamentarios. En fin, una armonización de preceptos muy propia del derecho electoral que obliga a entidades, en principio no oficiales (como son los partidos); la hermenéutica que requieren todos los actores de este derecho es dinámica e integral.

Por eso, de la sola lectura de las disposiciones contenidas en el acuerdo que ordenó reservar las 200 candidaturas de representación proporcional, así como de los requisitos del registro señalados en la convocatoria y lo regulado en el estatuto acerca de las acciones afirmativas y su garantía en la integración de las listas de candidatos, permite evidenciar que hubo una incorrecta consideración por parte de la comisión perredista acerca de sus facultades para determinar, unilateralmente y conforme con su prudente arbitrio, quiénes deben integrar las listas de candidatos a diputados federales de representación proporcional, pues la designación estaba sujeta a la satisfacción de los requisitos exigidos en la convocatoria para ese efecto, así como a la observancia de las acciones afirmativas reconocidas y garantizadas en las normas estatutarias del propio partido.

Se considera que le asiste la razón a Filemón Navarro Aguilar, en cuanto a que el argumento de la comisión es contrario a derecho porque la reserva de las 200 candidaturas plurinominales no autorizaba al órgano partidario a realizar una designación de candidatos con base en su prudente arbitrio, sino que estaba obligado a constatar que los aspirantes satisficieran los requisitos exigidos, a valorarlos correctamente y, conforme a ello, realizar la designación respectiva, observando al mismo tiempo las accio-

nes afirmativas de género, juventud, indigeneidad y calidad de migrante, atendiendo a las bases previstas en los estatutos.

También considera la Sala que es contraria a derecho la determinación de la responsable consistente en que las pruebas aportadas por el promovente carecen de eficacia para demostrar su calidad de indígena o la representación indígena, a efecto de lograr la candidatura a la diputación federal de representación proporcional que pretende, por considerarlas extemporáneas.

La razón de la comisión responsable por la cual denegó la candidatura al actor consistió en la falta de justificación de su calidad de indígena, no por el incumplimiento de otro requisito de los establecidos en la convocatoria. Una vez requeridas las constancias con las cuales acreditó tal calidad, Filemón Navarro presentó la documentación que consideró pertinente, por tanto la determinación de la responsable en el sentido de que dicha documentación fue presentada de manera extemporánea a la fecha en que entregó su solicitud de registro es intrascendente, ya que la controversia se reduce a determinar si el actor probó o no la acción afirmativa que hizo valer como aspirante a la candidatura de mérito.

La Sala considera que no forman parte del litigio las circunstancias relativas a la satisfacción de los demás requisitos que se exigieron para el registro de la propuesta candidatura en cuestión. Los documentos presentados previo requerimiento de la responsable no pueden considerarse extemporáneos, ya que los mismos fueron presentados en tiempo a fin de desahogar el requerimiento exigido por la comisión al momento de cumplir con el fallo de la Sala (SUP-JDC-466/2009), pues no constituían un requisito que se debía llevar a efecto cuando Filemón presentó la solicitud y no habían sido requeridos antes de la exclusión de la candidatura.

Lo anterior hizo absurdo e imposible cumplimentar la exigencia de la comisión de exhibir pruebas documentales anteriores a la fecha del registro a candidato plurinominal, si el requerimiento se hizo en cumplimiento de la resolución de la Sala en el expediente SUP-JDC-466/2009 del 15 de mayo de 2009; por tanto, es con-

traría a derecho la consideración de la responsable de calificar de extremo las pruebas y la conclusión que derivó de esta estimación.

A fin de determinar la calidad de indígena de Filemón, presentó diversas constancias de las que se desprende lo siguiente:

- Filemón Navarro Aguilar es miembro del Consejo Indígena y Popular de Guerrero.
- Acredita pertenecer al pueblo indígena (mixteco) *ñu savi*.
- Documenta que es miembro de la organización indígena “Organización Civil Frente Popular Revolucionario”, cuya presencia se ubica en diversos municipios indígenas del estado de Guerrero.
- Que es residente de la comunidad Totomixtlahuaca, municipio de Tlacoapa, Guerrero.
- Que participa en las actividades de esas comunidades étnicas, las cuales se rigen por usos y costumbres.

Por tanto, de la valoración que realiza la Sala de las documentales que obran en el expediente concluye que Filemón Navarro Aguilar es miembro de una comunidad indígena y participa en forma activa en la vida cotidiana de ésta, que se rige por sus propios usos y costumbres; en consecuencia, Filemón tiene vínculos de pertenencia y de identidad con una comunidad indígena, además de determinar que dicha persona conoce y entiende la lengua mixteca, por pertenecer a una comunidad indígena de esa raza.

Por los conceptos y elementos probatorios, se ubica a Filemón Navarro Aguilar como miembro activo, originario y constante de una comunidad indígena, que evidencia su identidad y pertenencia al pueblo mixteco; elementos subjetivos que son aptos para considerar, conforme con lo establecido en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que es indígena.

De ahí la Sala electoral señala que el término “indígena” ha prevalecido como un concepto genérico durante muchos años, que estos grupos se han caracterizado por poseer idiomas o lenguas autóctonas, creencias particulares y conocimientos importantes de prácticas relacionadas con la ordenación sostenible de los recursos naturales; su relación con la tierra y el uso tradicional que hacen de ella tienen su particularidad propia. A su vez, tienen sus propios conceptos de desarrollo, basados en valores tradicionales, su concepción del mundo, necesidades y prioridades.

En México, la reforma constitucional de 1992 reconoció por primera vez los derechos de la colectividad indígena, al establecerse sobre la base de que “La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas”. A partir de ese momento se consolidan las bases constitucionales para reconocer los derechos colectivos de los indígenas, reconocimiento que implica una protección de los principios de igualdad jurídica, en los ámbitos político, social, económico y cultural, como se apuntó más arriba.

En la reforma del 14 de agosto de 2001 se dio margen para adicionar un segundo y tercer párrafo al artículo 1o., reformar el artículo 2o.; derogar el párrafo primero del artículo 4o.; y adicionar un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformas que entraron en vigor el 15 de agosto de 2001, teniendo como objetivo principal la eliminación de cualquier forma de discriminación ejercida contra cualquier persona; la autonomía de los pueblos indígenas; las obligaciones de las autoridades respecto a los indígenas. Todo esto sin medrar en la posibilidad de una verdadera constitucionalización del derecho indígena, no por medio de la asimilación, sino más bien de la construcción de un ordenamiento jurídico integrado por diversos órdenes, entre ellos el indígena.

Las reformas arriba mencionadas condujeron a sostener que los derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, así como a sus integrantes, no constituyen meras concreciones

normativas derivadas del valor exclusivo que el poder revisor de la Constitución confiere a diversas situaciones de la idiosincrasia indígena como parte del carácter pluricultural que distingue a la nación mexicana, sino que cumplen una función complementadora del reconocimiento igualitario de un sistema de derechos al que una sociedad con un mínimo de justicia debe abrigar.

Además, la Sala electoral apoya la anterior exposición con los tratados internacionales que sobre el tema ha dispuesto:

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la Conferencia General de dicho organismo internacional el 27 de junio de 1989, ratificado por México el 5 de septiembre de 1990 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 1991.
- La Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas o Lingüísticas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1992.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 21 de diciembre de 1965, aprobada por el Senado de la República el 6 de diciembre de 1973, según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1974.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos Indígenas, aprobada en septiembre de 2007.

De los cuales se advierte que si bien no existe ninguna definición universal de indígena, tampoco puede derivarse de ahí la exigencia de una prueba especial a fin de acreditar la calidad subjetiva de indígena, ni de ser representante de comunidades indígenas para efecto de aplicar las normas garantistas en favor

de dichos grupos minoritarios. Claro está que el otro problema ante la autoafirmación es que podría no tratarse de un indígena, y estaríamos en el terreno de las identidades asumidas o identidades trastornadas. En algunos casos jurisdiccionales comparados se han presentado acciones procesales para demandar ciertos derechos derivados de una condición que en la materialidad no se tiene pero que se afirma poseer en un estado mental, o más aún por el reconocimiento que algún grupo hace a un individuo considerándole por méritos o cercanía como parte del mismo. El problema no es menor.

Así, la Sala electoral establece antecedentes a fin de determinar la calidad de indígena —con elementos extraídos de la Constitución y de Tratados Internacionales— y sustenta como componentes los siguientes:

- Libre identificación como miembro de un pueblo indígena a nivel personal, asimismo, una aceptación clara por parte de la comunidad como miembro suyo.
- Continuidad histórica con otras sociedades similares.
- Fuerte vínculo con su territorio, así como con los recursos naturales circundantes.
- Sistema social, económico o político bien determinado.
- Idioma o lenguaje, cultura y creencias diferenciados.
- Decisión de conservar y reproducir sus formas de vida y sus sistemas ancestrales por ser pueblos y comunidades distintos.
- Trabajo colectivo, como un acto de recreación; servicio gratuito, como ejercicio de autoridad; ritos y ceremonias, como expresión del don comunal; el consenso en la toma de decisiones.

Y pudiera existir un elemento más que la Sala no analizó, pero que hubiera apoyado su argumentación. Se trata de la Jurispru-

dencia de la Corte Interamericana que como bien sabemos vincula a nuestro país después del reconocimiento de dicha jurisdicción.⁴¹

Al margen del modo en que los conciba la sociedad, los miembros de una comunidad indígena comparten con sus similares una serie de elementos culturales, como la lengua, el territorio, los cultos religiosos, la manera de vestir, las creencias, la historia, que como elementos sociológicos y culturales los identifican entre ellos al tiempo que los distingue de otros sectores; y es precisamente este sentido de identidad cultural compartida, con las actividades comunes que realizan, como por ejemplo, las festividades, las ceremonias de culto o de otro orden, y la identidad de intereses en las luchas políticas, en la defensa de la propiedad de las tierras de su comunidad, en las relaciones y conflictos que establece la comunidad con los grupos vecinos y con el propio gobierno. Todos estos rasgos son lo que los antropólogos llaman identidad étnica.

La Sala explica además que en nuestro país, a fin de tratar de remediar inequidades, el Estado incorporó la figura de la acción afirmativa como un mecanismo cuya finalidad es establecer políticas que den a un determinado grupo social, étnico, minoritario o que históricamente haya sido excluido o que no contaba con oportunidades de acceso o distribución de ciertos recursos o servicios o determinados bienes, la posibilidad de poder ser incluido y adquirir esos bienes, recursos o servicios. Lo anterior para aumentar la representación de éstos, por medio de un tratamiento preferencial mediante el establecimiento de mecanismos de selección expresa y encaminada a estos propósitos.

La acción afirmativa es el remedio para incluir a los grupos de minorías en una determinada estructura social, sirviendo de equilibrio y redistribución de oportunidades entre géneros, razas, etnias, etcétera, por medio de un trato preferencial que implique el aumento de presencia de algún grupo minoritario en una determi-

⁴¹ Cfr. Sergio García Ramírez, "Los indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Migración: pueblos indígenas y afroamericanos. XV Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, 2007, pp. 31-44.

nada posición, lo cual implica eliminar patrones y tradiciones de segregación y jerarquía, para abrir oportunidades a esas minorías que de modo sistemático les han sido cerradas.

Las acciones afirmativas permiten que los sectores por lo regular excluidos en el ámbito político del país tengan la oportunidad real y efectiva de acceder a cargos de elección popular. La institución jurídica de la acción afirmativa se traduce en una medida preestablecida que determina el resultado de un proceso electoral al garantizar la participación de grupos minoritarios o marginados en la conformación de los órganos democráticos del Estado. Esto acorde con la postura de un sistema democrático en el cual el órgano en el que se toman las decisiones colectivas (parlamento o congreso) se integra por delegados (representantes) que reflejan las diversas posturas políticas que existen entre sus electores (ciudadanos), sin exclusiones y en su respectiva proporción, haciendo extensiva la posibilidad de participación en la conformación de dichos órganos y en la toma de decisiones a todos los integrantes del país, mayores de edad, sin distinción de raza, sexo, religión, condición económica o sociocultural.

Conviene decir que el sistema político mexicano se caracteriza por el monopolio de los partidos políticos para promover la participación del pueblo en la vida democrática y hacer posible el acceso de los ciudadanos al poder público de conformidad con lo establecido en el artículo 41, base I, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del cual se advierte que es obligación de los partidos políticos cumplir con los mecanismos de inclusión de grupos minoritarios contemplados en la ley; por tal motivo, los partidos políticos incluyen las acciones afirmativas en favor de ciertos grupos excluidos a fin de que participen en la vida política del país, lo cual tiene como consecuencia hacer más eficaz el sistema democrático.

El PRD ha sido precursor en regular y reconocer acciones afirmativas incluso superiores a las que se regulan en la ley electoral federal (que, debemos decir, sólo prevé la protección de la cuota de género en proporción de al menos 40% de un género), así en

el artículo 2o. de sus estatutos, al igual que en la Declaración de Principios del PRD, se desprende que ambos ordenamientos establecen el reconocimiento del carácter pluriétnico y pluricultural de México y, por tanto, la garantía de la presencia indígena en sus órganos de dirección y representación de las candidaturas a cargo de elección popular, por lo menos en el equivalente al porcentaje de la población indígena en el ámbito de que se trate.

Por lo antes señalado, la Sala concluye de manera acertada que toda vez que el PRD regula y aplica la acción afirmativa indígena como un mecanismo que garantiza, entre otras cosas, la inclusión de los indígenas en la postulación de candidaturas a los cargos de elección popular que señale dicho instituto político, y retomando la base de que en el caso que se analiza Filemón Navarro Aguilar acreditó su calidad de indígena y que con base en ella, a través de la acción afirmativa correspondiente, resolvió que tiene derecho a figurar como candidato a diputado federal por el principio de representación proporcional en la lista de la Cuarta Circunscripción Plurinominal electoral postulada por el PRD, ordena al partido que en el término de tres días lo incluya en la lista referida y proceda a su registro como en derecho corresponda.

VI. Algunas conclusiones

Es cierto que no podemos caer en un optimismo ingenuo, mucho menos en un triunfalismo judicial. Debemos ser cautos y continuar este diálogo jurisprudencial⁴² que nos propone la justicia electoral, que algunas veces sorprende por su apertura para tratar temas que la justicia constitucional mexicana había despreciado o tratado de modo muy superficial, aun hoy; son más

⁴² Que tiene efectos preformativos sobre la sociedad, como lo ha expresado recientemente Ricoeur: “Un acto de discurso no es meramente transitorio y evanescente. Puede ser identificado y reidentificado como lo mismo, para que podamos decirlo otra vez o en otras palabras”, Paul Ricoeur, *Teoría de la interpretación. Discurso y excedente de sentido*, 6a. ed., México, Siglo XXI/UIA, 2006, p. 23.

los principios que ha intentado establecer el TEPJF que la misma Suprema Corte, incluso a nivel estadístico. Así, temas como el conocimiento de la ley en las comunidades indígenas con imposibilidades materiales para conocerla, la posibilidad de las acciones colectivas por parte de comunidades indígenas, la indigeneidad, las acciones afirmativas indígenas y otros temas similares,⁴³ han sido enfrentados por la justicia electoral, tal vez aprovechando en su momento la tendencia, inclusive reconocida por la ley, de realizar una interpretación más oxigenada, podríamos decir extensiva.⁴⁴ Algún envidioso dirá que los derechos políticos son de más sencillo trato que los asuntos que pueden llegar a un tribunal constitucional, pero esto no exime de ningún modo de la responsabilidad social que tiene todo tribunal para explicar de modo claro y suficiente sus resoluciones.

⁴³ Por citar algunos ejemplos los casos de Indalecio Martínez (SUP-JDC- 013/02) y Joel Cruz Chávez (SUP-JDC-11/07); en el primero de los asuntos incluso se trató el concepto de dignidad humana, y en el segundo se cuestionó el inquestionable pero irreal principio de *ignorantia legis non excusat*.

⁴⁴ Aunque podría calificarse de garantista: Santiago Nieto, *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*, México, UNAM, 2003, aunque el garantismo se queda por lo común también en una respuesta formal e incompleta.

Derechos indígenas y candidaturas plurinominales. Acción afirmativa indígena en la selección de candidatos por el principio de RP es el cuaderno núm. 29 de la serie *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, se imprimió en junio de 2010 en Litográfica Dorantes, S.A. de C.V., Oriente 241-A núm. 29, Col. Agrícola Oriental, Del. Iztacalco, C.P. 08500, México, D.F., Tel. 57 00 35 34.

El cuidado de la impresión estuvo a cargo de la Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial, Ciudad Universitaria, D.F.

Su tiraje fue de 1,500 ejemplares