

Análisis jurídico-político de la transversalización del principio de no discriminación en los procesos electorales

Rodrigo Santiago Juárez

Reconocer las diferencias de ciertos grupos de población respecto de otros colectivos sociales resulta indispensable para que instituciones y poderes públicos, incluido el Poder Judicial, eviten que dichas diferencias se traduzcan en desigualdades en el goce y ejercicio de derechos. Esto tiene una relevancia especial –aunque no exclusiva– para los pueblos y comunidades indígenas, colectivos a los que me referiré en este ensayo.

Hasta hace no mucho, era una creencia muy extendida entre los encargados de hacer cumplir las leyes que todos los ciudadanos debían ser tratados de igual forma por el derecho. Autores como Max Weber¹ llegaron a pensar que la única forma de lograr que el derecho fuera un instrumento racional y, por tanto, legítimo, era que fuera universal y abstracto, es decir, que garantizara la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Esto facilitaría a los ciudadanos planear su vida a largo plazo: la seguridad jurídica era resultado de la igualdad.

Por tal motivo, se argumentaba que favorecer a grupos vulnerables a través de las normas, o permitir la existencia de sistemas jurídicos distintos, era un atentado contra la racionalidad. Este modo de pensar se modernizó cuando llegó a entenderse que la legitimidad del derecho depende menos de su universalidad y de su supuesta racionalidad, que del hecho de que la ciudadanía lo encuentre justo.

Como dice Habermas², en la historia de las sociedades liberales la población jamás encontró legítimos a sus gobiernos cuando presumían de ser universales y abstractos, sino por el contrario, cuando las leyes se convirtieron en medios para alcanzar objetivos sociales, es decir, cuando los derechos sociales se integraron a la norma. Lo anterior plantea retos de distinto tipo para las instituciones, incluidas por supuesto las de naturaleza electoral.

En el caso específico de los tribunales electorales, existe el deber de aplicar la equidad, la empatía y la ponderación al momento de resolver casos relacionados con pueblos y comunidades indígenas. Solo a partir de autoridades jurisdiccionales concededoras de las condiciones específicas de los pueblos y comunidades indígenas es que estas podrán encontrar legítimas las instituciones electorales nacionales.

En este ensayo analizaremos tres decisiones jurisdiccionales que consideraron las condiciones específicas de los pueblos indígenas al momento de dictar sentencia: 1) La institución del tequio como requisito para votar y ser votado; 2) La edad mínima para ser representante en comunidades indígenas; y 3) La autodeterminación para votar por un sistema normativo indígena aunque la legislación local no lo establezca.

Como afirma Luigi Ferrajoli, el reconocimiento o no de las diferencias culturales puede llevar a cuatro modelos distintos: 1) El modelo de la indiferencia jurídica de las diferencias, para el cual estas no se tutelan ni se reprimen, simplemente se ignoran; 2) El modelo de la diferenciación jurídica de las diferencias, por medio del cual se valorizan algunas identidades y se desvalorizan otras; 3) El

¹ Habermas, Jürgen, "Derecho y moral", en Sobrevilla, David (comp.), *El derecho, la política y la ética*, México, Siglo XXI, 1991, pp. 14-82.

² *Ibidem*.

modelo de la homologación jurídica de las diferencias, por el cual son negadas e ignoradas las diferencias en nombre de una abstracta afirmación de igualdad; y 4) El modelo de la igual valoración jurídica de las diferencias, que se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, en un sistema de medidas capaces de asegurar su efectividad.

El cuarto modelo no es indiferente a las diferencias, como sí lo es el señalado en primer lugar; tampoco hace una distinción beneficiando a un grupo o discriminando a otro, como el modelo señalado en segundo término y, por último, tampoco desconoce ni busca homologar las diferencias bajo un solo concepto de identidad, como el tercer modelo mencionado. Por el contrario, el cuarto modelo busca garantizar a todos su libre afirmación y desarrollo y asume las diferencias como dotadas de igual valor, prescribiendo para todas igual respeto y tratamiento, es decir, en lugar de desconocer las diferencias, les otorga un valor como a cualquier otro rasgo de la identidad.³

En consecuencia, reconocer las diferencias y asignarles relevancia como atributos propios de la identidad individual o colectiva no supone incrementar el grado de desigualdad, sino precisamente a partir de este hecho, se busca implementar acciones de distinto tipo para corregir las desigualdades padecidas o equiparar su condición respecto a otros grupos. Por ello se ha señalado que: "En términos generales, los reclamos de derechos de representación y derechos multiculturales constituyen, de hecho, una demanda de inclusión. Los grupos que se sienten excluidos desean ser incluidos en la sociedad y el reconocimiento de la acogida de su diferencia es considerado como el camino para facilitar ese proceso".⁴

Las ideas que desde la filosofía política se han desarrollado con relación a la exigencia de igualdad –cuyos rasgos distintivos he mencionado en párrafos anteriores–, también encuentran asidero en los textos constitucional y legal en México, así como en convenciones internacionales. El artículo 1º, último párrafo de la Constitución, prohíbe la discriminación por cualquier condición (género, origen étnico o nacional) entre otros, mientras que el artículo 2º constitucional, apartado A, fracción III, establece que los pueblos y comunidades indígenas tienen autonomía para elegir, de acuerdo con el derecho indígena, a sus autoridades o representantes siempre que se garantice la igualdad entre mujeres y hombres en el voto y desempeño de cargos públicos.

El principio de no discriminación contenido en el artículo 1º, así como el reconocimiento de la igual valoración jurídica de las diferencias contenido en el artículo 2º, guarda relación con el artículo 15 Bis de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Dicho precepto establece que cada uno de los poderes públicos federales y aquellas instituciones que estén bajo su regulación o competencia, están obligados a realizar las medidas que sean necesarias para garantizar a toda persona la igualdad real de oportunidades y el derecho a la no discriminación.⁵

³ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 73-76.

⁴ Kymlicka, Will; Norman, Wayne, "El retorno del ciudadano. Una revisión de la producción reciente en teoría de la ciudadanía", *La Política*, No. 3, 1997, p. 29.

⁵ Las medidas a que se refiere la citada ley son las de nivelación, las medidas de inclusión y las medidas afirmativas. Véanse los artículos 15 Ter a 15 Octavus.

Agrega que la adopción de estas medidas forma parte de la perspectiva antidiscriminatoria, la cual debe ser incorporada de manera transversal y progresiva en el quehacer público, y de manera particular en el diseño, implementación y evaluación de las políticas públicas que lleven a cabo cada uno de los poderes públicos federales.

A nivel convencional, los artículos 2 y 8 del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes⁶, establecen que los gobiernos deben asumir la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada para proteger los derechos de esos pueblos, incluidas medidas que aseguren condiciones para gozar de igualdad de derechos y oportunidades, así como tomar en consideración sus costumbres o su derecho al aplicar la legislación nacional.⁷

Como se advierte, existe un marco normativo nacional y convencional que prohíbe la discriminación, reconoce las diferencias culturales en México y ordena a las instituciones y poderes públicos que de forma transversal implementen medidas de distinto tipo para que, con base en el reconocimiento de las diferencias, garanticen la igualdad, tomando en consideración la multiplicidad de sistemas jurídicos. Para Ferrajoli:

“La valoración equitativa no se refiere nunca, en realidad, al caso abstracto, sino siempre al caso concreto y humanamente determinado. Es a través de ella como se realiza el respeto a la persona humana juzgada, que en nuestro ordenamiento, como en otros, no es sólo un principio racional o moral, sino también un principio jurídico constitucional. Y es en ella donde se manifiesta la sensibilidad, la inteligencia y la moralidad del juez. Por lo demás, como justamente se ha observado siguiendo a Hume y a Smith, esta comprensión simpatética no consiste en una identificación con los hábitos mentales del sujeto juzgado como la que provendría de una romántica fusión afectiva, sino en una “participación imaginativa y mediata”, que es de tipo racional porque se basa en la “representación de la situación de hecho” sometida a juicio. Todavía menos refleja la subjetividad emocional y parcial del juez. Por el contrario, es el producto de su esfuerzo intencional dirigido a prescindir lo más posible de sus ideologías personales, sus prejuicios y sus inclinaciones para “comprender” o participar de las ideologías, inclinaciones y condicionamiento del sujeto juzgado. La equidad es también una condición de su imparcialidad”.⁸

Esta valoración equitativa de la que habla Ferrajoli se traduce en último término en una empatía judicial respecto a los pueblos indígenas, y puede ser un instrumento útil para resolver conflictos o antinomias entre el derecho nacional y sus sistemas normativos. De tal forma que, cuando estén en conflicto las normas de los

⁶ En vigor para México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991.

⁷ También es relevante y orientadora la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada el 13 de septiembre de 2007, y cuyos artículos 2 y 5 establecen que los pueblos y los individuos indígenas son libres e iguales a todos los demás pueblos y personas y tienen derecho a no ser discriminados, en particular por su origen o identidad, y el derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

⁸ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, pp. 164-165.

pueblos indígenas con nuestro sistema constitucional, debe realizarse un juicio de ponderación que permita a ambos sistemas lograr la mayor eficacia posible, maximizando los resultados prácticos perseguidos por las normas.⁹

Algunos ejemplos del contraste entre normas de distintos sistemas jurídicos y de una valoración en sede judicial que tome en cuenta las diferencias culturales son los siguientes:

1) El que derivó en la tesis XIII/2013 de rubro: **“USOS Y COSTUMBRES. EL TEQUIO DEBE RESPETAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MIEMBROS DE LA COMUNIDAD (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE OAXACA)”**.¹⁰

En el asunto que motivó esa tesis, la Sala Superior del TEPJF analizó la figura del tequio, un tipo de trabajo comunitario que en ocasiones se exige para ejercer el derecho al voto en sus vertientes de votar y ser votado.

Al reconocer esta figura, mencionó que la exigencia del tequio tiene como límites los derechos fundamentales, por lo que debe de cumplir con los elementos de proporcionalidad, equidad y razonabilidad al momento de su realización, entendiéndose por proporcionalidad el que esas contribuciones estén en proporción a la capacidad contributiva de las personas; por equidad, que dichos sujetos reciban un trato que tome en cuenta su condición particular, y por razonabilidad, que no se impongan más cargas o restricciones que las indispensables para el funcionamiento de esa práctica consuetudinaria.

El criterio destaca que en las comunidades indígenas pueden existir requisitos específicos para votar como, por ejemplo, haber realizado el tequio. El Tribunal reconoce con ello la autodeterminación indígena y las normas que se impongan los integrantes de una determinada comunidad, siempre y cuando cumplan con el test de proporcionalidad. Con ello asume una determinación flexible y abierta a las diferencias culturales, estableciendo a su vez que las decisiones comunitarias y los requisitos para votar deben ser proporcionales.

2) Otro ejemplo lo encontramos en la tesis XLIII/2011 de rubro: **“USOS Y COSTUMBRES INDÍGENAS. EDAD MÍNIMA PARA OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN MUNICIPAL (LEGISLACIÓN DE OAXACA)”**.¹¹ En el asunto que motivó esa tesis, la Sala Superior aceptó que los usos y costumbres de Oaxaca establecieran como edad mínima para ser concejal municipal la de 21 años, y no la aceptada por la normatividad estatal, es decir, 18 años.

Al razonar la sentencia, la Sala Superior determinó que las comunidades indígenas, en ejercicio de la libre determinación, pueden decidir sobre el requisito de elegibilidad consistente en determinar la edad mínima para ocupar un cargo en el ayuntamiento, con la condición de que esa exigencia, además de resultar idónea,

⁹ Desde un punto de vista, incluso resultaría conveniente sacrificar aquellas normas de ambos sistemas que tienen estricto carácter procesal, es decir, aquellas que sólo son medios para conseguir ciertos fines y salvaguardar las normas que son fines en sí mismas. La propuesta puede sintetizarse de la siguiente manera: hacer prevalecer los valores que se persiguen, en lugar de las normas que son instrumentos para lograr esos fines. Castillo, Leonel, *Reflexiones temáticas sobre derecho electoral*, México, TEPJF, 2006, pp. 244-245.

¹⁰ Esta tesis derivó del expediente SUP-JDC-1640/2012, relacionado con la solicitud de llevar a cabo elecciones extraordinarias en Santiago Choapam, Oaxaca.

¹¹ Esta tesis derivó del expediente SUP-REC-2/2011.

razonable y proporcional, se establezca por el propio colectivo a través del procedimiento y órgano correspondientes. Como en el ejemplo anterior, en este criterio el Tribunal parte de una posición que toma en cuenta la diversidad cultural.

3) Otra resolución relevante para el análisis de este ensayo es la relacionada con la comunidad de Cherán, Michoacán. En la sentencia, el Tribunal resolvió de manera afirmativa una solicitud (que había sido negada por las autoridades electorales de dicha entidad) para que las elecciones en dicha comunidad ya no se llevaran a cabo bajo el sistema de partidos, sino de conformidad con el sistema normativo indígena existente en la misma. El Tribunal destacó que la reforma constitucional de 2011 estableció como obligación de todas las autoridades del país el deber de observar tanto la Constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

También dijo que en el expediente varios 912/2010, la SCJN determinó que las autoridades del país que no ejerzan labores jurisdiccionales deben interpretar las normas de la manera que más favorezca al titular de un derecho. Bajo tal argumento, el Tribunal resolvió que la comunidad de Cherán tenía derecho a solicitar celebrar elecciones por su propio sistema normativo a pesar de que esto no estuviera regulado en la legislación local. Esa resolución derivó en la tesis XXXVII/2011 de rubro: **“COMUNIDADES INDÍGENAS. ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN LEGAL DE SUS DERECHOS, DEBE APLICARSE LO DISPUESTO EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES”**.¹²

La visión abierta de las resoluciones antes mencionadas da cuenta de buenas prácticas que implican una visión transversal del principio de no discriminación, y que deben ser asumidas por las instituciones tanto estatales como federales que tienen responsabilidades en los procesos electorales.

Desde luego, la transversalización de la no discriminación no se limita al conocimiento de casos relacionados con pueblos y comunidades indígenas, sino también a las acciones afirmativas relacionadas con las cuotas de género¹³ o con la inclusión de personas con discapacidad como candidatos a ocupar cargos de elección popular,¹⁴ por mencionar algunos temas.

Sin lugar a dudas, la aplicación de este tipo de medidas y la adopción de la equidad, la empatía, la ponderación y la proporcionalidad en todos los procesos electorales, ayudará no solamente a identificar las diferencias existentes en la sociedad, sino también a equilibrar y garantizar la igualdad en el acceso y goce de todas las personas de los derechos humanos.

¹² Esta tesis derivó del juicio ciudadano SUP-JDC-9167/2011, promovido por diversos integrantes de la comunidad de Cherán.

¹³ Como por ejemplo, la inscripción de fórmulas de candidatos del mismo género, evitando con ello que las mujeres sean suplentes o renuncien al cargo para que sea ocupado por un hombre (SX-JRC-17/2010 y SUP-JDC- 12624/2011).

¹⁴ Como se determinó en la sentencia del expediente SUP-REC-1150/2018.