

Seminario de Capacitación
para Abogados Indígenas

**JUSTICIA Y
PUEBLOS
INDÍGENAS**

Proyecto de Fortalecimiento de Abogados Indígenas

Oaxaca, México, 2005-2006

SEMINARIO-TALLER
Justicia y Pueblos Indígenas

**Proyecto de Fortalecimiento
de Abogados Indígenas**

—Oaxaca, México —

2005–2006

© Due Process of Law Foundation (DPLF)
Fundación para el Debido Proceso Legal

1779 Massachusetts Ave. NW, Suite 510A
Washington, DC 20036
www.dplf.org

ISBN: 978-0-9674696-7-8

Coordinación Editorial: Katya Salazar
Edición, Diseño, y Diagramación: Eileen Rosin
Impreso en Oaxaca, México por Carteles Editores

AGRADECIMIENTOS

Esta actividad no se hubiera podido llevar a cabo sin el importante apoyo de personas interesadas en mejorar la situación de los pueblos indígenas en el estado de Oaxaca. De manera especial queremos agradecer a los ponentes, algunos de ellos llegados desde el Distrito Federal, Chiapas, Chile, Colombia, Costa Rica y los Estados Unidos, quienes no sólo fueron una fuente de información sino también de inspiración para los participantes. Asimismo, queremos agradecer a Jaime Mario Pérez, presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, y a Rosario Villalobos, subsecretaria de derechos humanos del gobierno de Oaxaca, por la confianza y el apoyo brindado a DPLF y CEDHAPI en el desarrollo de este proyecto.

Queremos hacer un reconocimiento especial a Iris López, Bernardo Rodríguez y Rodrigo Cruz Iriarte (Comisión Estatal de Derechos Humanos), Migdalia Mingüer, Francisco Enríquez y Daniel III Álvarez (Subsecretaría de Derechos

Humanos), Beatriz Hernández (CEDHAPI), y Laura Park (DPLF). Sin su apoyo incansable durante la preparación y desarrollo del evento, este no se hubiera podido llevar a cabo. También deseamos agradecer a Jan Perlin, por su presencia constante, sus consejos y amistad, y a Eileen Rosin, quien se encargó de la edición y diagramación del texto.

Finalmente, deseamos reconocer el interés y la energía puesta por todos los abogados indígenas que participaron en este seminario-taller. Sin su participación activa, así como sus esfuerzos para hacer realidad los sueños de un futuro en el cual todos los oaxaqueños tengan las mismas posibilidades de acceder a la justicia, este seminario-taller hubiera sido sólo un ejercicio académico y no un paso adelante en la búsqueda de justicia.

Eduardo Bertoni
Director Ejecutivo, DPLF

INSTITUCIONES ORGANIZADORAS

La **Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF)** fue creada por el Profesor Thomas Buergenthal, actual juez de la Corte Internacional de Justicia, y sus colegas de la Comisión de la Verdad para El Salvador. DPLF es una organización no-gubernamental con sede en la ciudad de Washington, D.C., que tiene como mandato promover la reforma y modernización de los sistemas nacionales de justicia así como la plena implementación de los estándares internacionales de derechos humanos en las legislaciones nacionales. Para mayor información, consulte la página web: www.dplf.org.

El **Centro de Derechos Humanos y Asesoría para Pueblos Indígenas (CEDHAPI)** es una asociación civil localizada en la ciudad de Tlaxiaco, Oaxaca, cuyo mandato es proteger los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Para cumplir con su misión, CEDHAPI tiene a su cargo la defensa legal en casos de violación de derechos humanos principalmente de pueblos indígenas en los ámbitos local e internacional, además de tareas de diagnóstico, investigación, capacitación y difusión. En marzo de 2005 participó en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para exponer sobre la situación de los indígenas sujetos a procesos penales en Oaxaca, y en marzo de 2006 expuso ante el mismo órgano sobre la situación de las mujeres en el estado de Oaxaca, especialmente mujeres indígenas.

La **Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca (CEDHO)** es un organismo público que tiene como objeto la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos previstos por el orden jurídico

mexicano. Recibe y tramita las quejas que los particulares presentan por las violaciones a sus derechos humanos cometidas por autoridades y servidores públicos estatales o municipales. Si del análisis del caso se descubre una violación a los derechos humanos, la CEDHO emite una recomendación a fin de que se restituya al quejoso en el goce de sus derechos, se repare el daño y si fuera el caso, se sancione al responsable de dicha violación. De este modo, la Comisión contribuye a satisfacer la necesidad del pueblo oaxaqueño de tener garantizados sus derechos y libertades, así como la pronta procuración e impartición de justicia.

La **Subsecretaría de Derechos Humanos** del gobierno del estado de Oaxaca es una instancia adscrita a la Secretaría General de Gobierno encargada de coordinar y articular la política en la materia, y fomentar, promover y divulgar una cultura de respeto a los derechos humanos entre las dependencias y entidades del poder ejecutivo. También coordina las acciones de las distintas dependencias y entidades para fortalecer la promoción y defensa de estos derechos. Entre sus acciones, da atención y seguimiento a expedientes de derechos humanos emitidos por las comisiones estatal, nacional e interamericana de derechos humanos; implementa un programa de profesionalización en la materia dirigido a servidores públicos; y realiza campañas de promoción de los derechos humanos. Esta instancia funge como enlace con los organismos gubernamentales de derechos humanos en el país y es el vínculo con organismos de derechos humanos de las Naciones Unidas, la Organización de Estados Americanos y demás instancias de carácter internacional.

ÍNDICE

Agradecimientos	iii
Instituciones Organizadoras	v
Introducción	1
TEMA I: Sistema de Administración y Procuración de Justicia y Pueblos Indígenas en Oaxaca	5
Maurilio Santiago Reyes	5
Raúl Mejía Garza	7
Evencio Martínez Ramírez	10
Elisa Cruz Rueda	13
Mesa de Trabajo/Conclusiones: Tema I	17
TEMA II: Experiencias Comparadas de Litigio en Defensa de Indígenas y Pueblos Indígenas	19
Jaime Madariaga	19
Miguel Ángel de los Santos	23
Israel Ochoa Lara	25
Mesa de Trabajo/Conclusiones: Tema II	28
TEMA III: Derecho Indígena y Derecho Oficial — Principales Problemas y Algunas Pautas de Coordinación para Oaxaca	29
Esther Sánchez	29
Eduardo Martínez Loyola	34
Heriberto Antonio García	37
Pedro Garzón López	41
Mesa de Trabajo/Conclusiones: Tema III	46
TEMA IV: Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas	47
Maurilio Santiago Reyes	47
Víctor Rodríguez Rescia	48
Ricardo Sepúlveda Iguíniz	50
Mario Solórzano Betancourt	54

Entre los días 16 y 18 de noviembre de 2005 se llevó a cabo en la ciudad de Oaxaca, México, el seminario-taller titulado “Justicia y Pueblos Indígenas”, organizado por la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF por sus siglas en inglés) y el Centro de Derechos Humanos y Asesoría para Pueblos Indígenas (CEDHAPI), con el auspicio de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca y la Subsecretaría de Derechos Humanos del gobierno de Oaxaca.

Este seminario-taller se llevó a cabo en el marco del Proyecto de Fortalecimiento de Abogados Indígenas en Oaxaca, que DPLF y CEDHAPI ejecutaron entre julio de 2005 y julio de 2006, con el apoyo del Fondo Nacional para la Democracia (NED por sus siglas en inglés) y que tuvo como objetivo principal identificar y capacitar a un grupo de abogados indígenas para que pudieran convertirse en profesionales líderes en la defensa y promoción de los derechos tanto individuales como colectivos de la población indígena en Oaxaca.

La iniciativa para llevar adelante este proyecto surgió en marzo de 2005, cuando CEDHAPI, el despacho Asesoría Jurídica Popular, el Consejo Indígena Popular de Oaxaca “Ricardo Flores Mogón” y DPLF participaron en una audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en Washington D.C., donde expusieron las violaciones al debido proceso que sufrían los indígenas sometidos a procesos penales en el estado de Oaxaca. Uno de los temas más relevantes y donde coincidieron tanto representantes del Estado mexicano como las organizaciones participantes, fueron las debilidades en la defensa técnico-legal que se le brinda a las personas indígenas y por ende, la necesidad urgente de fortalecer y capacitar abogados indígenas en el estado. Este proyecto pretende ser un aporte en ese sentido.

El seminario-taller tuvo un número limitado de participantes, pues se quiso promover los espacios de discusión e intercambio de experiencias, especialmente con los expertos venidos de fuera de Oaxaca. Entre los participantes, estuvieron defensores de oficio adscritos a la Procuraduría de Defensa del Indígena (PRODI), funcionarios de la Secretaría de Asuntos Indígenas, abogados indígenas con experiencia en la representación legal de indígenas, y recién graduados de escuelas de derecho con experiencia e interés en esta materia. Estos últimos fueron seleccionados a partir de una convocatoria pública que se difundió en todo el estado. Asimismo, se contó con la participación de destacados ponentes nacionales, no sólo de Oaxaca, sino también de Chiapas y el D.F., así como expertos llegados de Chile, Colombia y Costa Rica, además de un representante de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las presentaciones se dividieron en cuatro bloques temáticos y una jornada de mesas de trabajo. La presente publicación recoge un resumen de las ponencias presentadas y las principales conclusiones a las que llegaron las mesas de trabajo.

Con la finalidad de introducir a los participantes en la problemática, el Tema I se tituló “Sistema de Administración y Procuración de Justicia y Pueblos Indígenas en Oaxaca”, y estuvo a cargo de Maurilio Santiago, presidente de CEDHAPI, quien desarrolla algunas de las garantías del debido proceso dirigidas a proteger a personas indígenas procesadas penalmente en Oaxaca, y los obstáculos que existen para su aplicación práctica. Por su parte, Raúl Mejía, Secretario de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia, desarrolla algunas de las reformas más importantes que se han hecho al sistema jurídico mexicano durante los últimos años, entre ellas la reforma constitucional a la estructura municipal de 1999 y la reforma constitucional relativa a los pueblos indígenas de 2001. Mejía resalta el uso

que han hecho los municipios del litigio para consolidar los cambios que la reforma de 1999 estableció y sugiere seguir esta estrategia para lograr el cumplimiento de lo establecido en el artículo segundo constitucional, en beneficio de los pueblos indígenas. Sus recomendaciones adquieren especial relevancia en un estado como Oaxaca, que cuenta con 570 municipios, la mayoría de ellos con alta población indígena.

Evencio Martínez, Subprocurador de Control de Procesos de la Procuraduría General de Justicia del estado de Oaxaca, desarrolla algunas de las garantías fundamentales que todo proceso penal en Oaxaca reconoce a favor del inculpado y en particular, aquellas que buscan proteger a los procesados indígenas, como el derecho a contar con un traductor o el deber del juzgador de tomar en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar en que sucedieron los hechos. Martínez diferencia entre el proceso contra personas indígenas que se sigue según el derecho oficial ante los tribunales del Estado, de los procesos seguidos al interior de las comunidades, utilizando el derecho propio. En ese sentido, resalta la importancia de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca, que reconoce la existencia de estos sistemas normativos propios de las comunidades indígenas, pero reconoce la falta de una adecuada implementación de esta ley.

Por su parte, Elisa Cruz, abogada y antropóloga, también destaca la importancia de normas de reconocimiento del derecho de los pueblos y comunidades indígenas, tanto a nivel federal como estatal, pero señala que este reconocimiento no ha sido suficiente pues no ha habido una labor seria de implementación. Por ejemplo, no se ha capacitado al personal de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia (tanto a jueces como a operadores de justicia) ni se ha promovido que defensores particulares y de oficio conozcan la cultura del pueblo indígena del que provienen sus defendidos, lo que les permitiría alegar agravantes o atenuantes basadas en la diferencia cultural.

El Tema II se tituló “Experiencias Comparadas de Litigio en Defensa de Indígenas y de Pueblos Indígenas”. Jaime Madariaga, abogado chileno, comparte su experiencia como abogado litigante y previamente como defensor público, en la defensa de miembros del pueblo *mapuche* y empieza haciendo una reseña de la situación actual del pueblo *mapuche* en Chile, y de cómo se han tenido que enfrentar a empresas forestales que pretenden despojarlos de las tierras que han venido ocupando durante siglos. En medio de ese conflicto, muchas veces los hechos imputados a los *mapuche* han sido calificados injustamente como terrorismo, lo que ha implicado un trabajo muy complejo de defensa legal. Madariaga toca también el tema de la reforma procesal penal que se quiere implementar en Oaxaca, resaltando las ventajas y advirtiendo sobre algunos de los problemas que enfrentaron en Chile durante el proceso de implementación. En ese marco, resalta la necesidad de que los abogados en Oaxaca se preparen muy bien en el nuevo sistema y sean capaces de usar todas las armas que el derecho oficial les brinda para defender a procesados indígenas ante los tribunales locales.

Miguel Ángel de los Santos, asesor de la Red de Defensores Comunitarios por los Derechos Humanos de San Cristóbal de las Casas, Chiapas, menciona los principales problemas que se presentan en la defensa legal de indígenas en ese estado: procesos penales llenos de irregularidades y muchas veces por hechos que en la cultura indígena no configuran delitos. Por esa razón, es necesario que los funcionarios que están a cargo de impartir justicia no sólo sean capacitados sino que tomen conciencia y asuman una nueva actitud frente a los casos en que están involucrados indígenas. En particular, de los Santos recomienda incorporar a los procesos penales los peritajes antropológicos a favor de indígenas procesados, y que éstos sean realmente evaluados por los jueces antes de tomar una decisión.

Israel Ochoa, director del despacho Asesoría Jurídica Popular, señala que en su experiencia de abogado defensor de indígenas, tanto en sus derechos individuales como colectivos, los prin-

cipales problemas legales que se han presentado son consecuencia de conflictos sobre tierras comunales y ejidales, conflictos post-electorales, o casos de indígenas acusados de pertenecer a algún grupo rebelde. Ochoa resalta la importancia de la denuncia pública además del trabajo legal, reconociendo que si bien la denuncia pública no es un elemento decisivo para la obtención de una sentencia absolutoria, contribuye a sensibilizar a los juzgadores al momento de dictar una sentencia, más aun cuando se denuncia públicamente las irregularidades que se presentan en los procesos penales.

El Tema III se tituló, “Derecho Indígena y Derecho Oficial: Principales Problemas y Algunas Pautas de Coordinación”. Esther Sánchez, antropóloga colombiana, presenta la evolución que ha vivido Colombia de ser un país racista y discriminador de las minorías étnicas a ser un país con una política de reconocimiento de la diversidad étnica, cultural y política. Sánchez analiza con detalle los grandes cambios constitucionales que se registraron en 1991 y que dieron lugar a esta nueva situación: el cambio de un Estado de Derecho a un “Estado Social de Derecho”; el cambio de un estado monocultural a un estado multicultural y pluriétnico; el reconocimiento constitucional de un sujeto colectivo de derecho (además del sujeto individual); el reconocimiento de un tratamiento distinto para ese sujeto colectivo de derecho; y finalmente, la posibilidad de recurrir al amparo o tutela por parte de ese sujeto colectivo.

Eduardo Martínez, Subdirector de Asuntos Penales de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, señala que el orden jurídico nacional mexicano tiene una “pretensión de reconocimiento”, que en la práctica presenta muchas limitaciones. Martínez resalta dos aspectos fundamentales: el problema del idioma y la falta de traductores, y un sistema de defensa pública que no se ha planteado acciones concretas para atender los problemas de la población indígena. Martínez resalta que siguen existiendo muchas contradicciones entre la Constitución Federal y las normas de menor rango y afirma

que, a pesar de las reformas legales, la visión del funcionario público mexicano sigue siendo monocultural, por lo que, aunque las leyes cambien la aplicación de las mismas, seguirá siendo equivocada.

Antonio García, Director del Área de Derechos Humanos de la Procuraduría General de Justicia de Oaxaca desarrolla detenidamente tres aspectos: el acceso a la justicia, la procuración e impartición de justicia, y la imposición de penas a miembros de los pueblos indígenas. Asimismo, presenta algunas de las contradicciones que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas aún mantiene con algunas normas vigentes y con la propia Constitución del estado. García también menciona el proyecto de nuevo Código de Procedimientos Penales que se quiere implementar en Oaxaca y explica los beneficios que traería en aclarar los alcances y límites del derecho indígena.

Pedro Garzón, abogado oaxaqueño y profesor universitario, señala que es frecuente que las relaciones entre el derecho indígena y el derecho estatal se desenvuelvan de manera conflictiva. Para solucionar esto, él considera necesario establecer ciertas reglas de coordinación entre ambos sistemas, las mismas que deberían establecer límites para el derecho indígena. Él sugiere que estos límites se basen en dos principios: la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas; y la minimización de las restricciones a sólo las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. Tomando como referente la jurisprudencia colombiana, sugiere que los límites se restrinjan a derechos humanos como la vida, la integridad física, la no tortura y al debido proceso, de acuerdo a las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas. Garzón señala que Oaxaca ha marcado un precedente muy importante con su Ley de Derechos de Los Pueblos y Comunidades Indígenas, aunque lamentablemente esta norma no se consultó con los diferentes sectores organizados que representan a los pueblos indígenas, siendo esa una de sus principales debilidades.

El Tema IV se tituló, “El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Pueblos Indígenas”. Víctor Rodríguez Rescia, abogado y profesor de derecho internacional y derechos humanos, resalta el aporte del sistema interamericano de derechos humanos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, pero sugiere que la solución a sus problemas debe promoverse a nivel interno, usando los marcos establecidos por los instrumentos internacionales. Aunque la faceta de litigio del Sistema Interamericano es la más conocida, Rodríguez resalta los beneficios de otras facultades del sistema, en particular aquellas dirigidas a promover y difundir los derechos humanos en el continente.

Ricardo Sepúlveda, titular de la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación, México es claro en señalar que la justicia en México está en crisis, y que este problema afecta a todos los mexicanos, no solo a los pueblos indígenas. Para enfrentar esta problemática, Sepúlveda señala que se vienen tomando diversas acciones, y entre ellas, la actual administración ha generado una política de estado en materia de derechos humanos, que reconoce y valora el uso por parte de los ciudadanos del Sistema Interamericano de derechos humanos. Sepúlveda menciona algunas de los principales obstáculos y ventajas del uso del Sistema Interamericano y finaliza su presentación resaltando el papel de los abogados en el logro de cambios sociales.

Mario Solórzano, abogado y director jurídico de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos, desarrolla la manera en que México ha venido avanzando hacia un mayor reconocimiento de la legislación internacional y una mayor apertura hacia grupos internacionales que vigilan el respeto a los derechos humanos y hacia la cooperación internacional.

Precisamente, esta nueva actitud promovió la elaboración en diciembre de 2003 de un diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México, uno de los primeros esfuerzos de sistematización de recomendaciones hechas por organismos internacionales y de actualización de la situación de los derechos humanos en México, y que sirvió de base para elaborar el Programa Nacional de Derechos Humanos. Solórzano también desarrolla el trabajo que la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos realiza en materia de justicia y pueblos indígenas.

Con la finalidad de promover la discusión y el intercambio de experiencias entre expertos y participantes, se organizaron mesas de trabajo sobre los distintos temas que se tocaron en el seminario-taller. El trabajo de las mesas partió de preguntas motivadoras que fueron discutidas entre las organizaciones convocantes y tuvo como objetivo ir más allá del diagnóstico y la crítica, para plantear propuestas concretas de cambio. Las principales conclusiones de las mesas de trabajo están incluidas al final de cada sección.

Las organizaciones convocantes estamos muy satisfechas con los resultados obtenidos en el seminario-taller, pues no sólo tuvo el impacto esperado en los participantes, sino que fue una experiencia positiva de trabajo coordinado entre sociedad civil y estado. Sabemos que aún falta mucho por hacer para lograr la solución a los problemas de los pueblos indígenas en Oaxaca, pero creemos que esta iniciativa ha sido un aporte importante en ese camino.

Katya Salazar, DPLF
Maurilio Santiago, CEDHAPI

Sistema de Administración y Procuración de Justicia y Pueblos Indígenas en Oaxaca

Ponente: Maurilio Santiago Reyes

Presidente del Centro de Derechos Humanos y Asesoría a Pueblos Indígenas AC (CEDHAPI). Miembro de la delegación de abogados oaxaqueños que participó en la audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los indígenas sujetos a procesos penales en Oaxaca, marzo de 2006.

En el estado de Oaxaca existe una gama de culturas; prueba de ello son los 16 pueblos indígenas que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca (Ley de los Pueblos Indígenas) reconoce. Sin embargo, en la mayoría de los centros penitenciarios existen indígenas que no han tenido un debido proceso. A continuación, se analizará el contenido de tres artículos de nuestra legislación procesal penal relevantes en este tema.

El artículo 242, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales (CPP) del estado de Oaxaca establece:

La declaración preparatoria comenzará por las generales del indiciado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena a que pertenezca, en su caso, y si habla y entiende suficientemente el idioma castellano, y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene a una defensa adecuada por sí, por abogado o por personas de su confianza, advirtiéndole que si no lo hiciere, el juez le nombrará uno de oficio...

El contenido de este artículo es discriminatorio pues violenta lo dispuesto por el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo y la Ley de los Pueblos Indígenas de Oaxaca al utilizar el término “etnia indígena”, mientras que estos dos ordenamientos utilizan el término “pueblos indígenas”. Ahora bien, en la práctica, al momento de tomar la declaración preparatoria de un indígena, se le pregunta, ¿entiende el castellano?, y al lograr pronunciar bien su nombre,

por ejemplo María o Juan, se presume que efectivamente lo entiende, aun cuando esto no sea cierto. Es decir, el juzgador no se cerciora si realmente el individuo perteneciente a un pueblo o comunidad indígena entiende y habla bien el castellano. Tampoco se tiene cuidado al utilizar expresiones jurídicas como, “Usted está sujeto a un proceso penal. ¿Qué dice usted respecto a los testigos que deponen en su contra?”, frases que, desde luego, el indiciado no comprende.

De otro lado, el primer párrafo del artículo 146 del CPP señala que:

Quando el inculcado, el ofendido, los testigos o los peritos no hablen el idioma castellano, se le nombrará de oficio uno o más intérpretes que deberán traducir fielmente las preguntas y contestaciones que hayan de transmitir. Cuando lo solicite cualquiera de las partes, podrá escribirse la declaración en el idioma del declarante, sin que esto obste para que el intérprete haga la traducción.

De la lectura de este artículo se tiene la idea de que en Oaxaca el proceso penal al que se ve sometido un indígena es excelente. Sin embargo, yo no conozco un solo caso en donde se haya escrito la declaración preparatoria rendida en alguna lengua indígena. De igual forma, no tengo conocimiento de que en los juzgados, sobre todo mixtos de primera instancia y que se encuentran alejados de la ciudad, exista un intérprete. Empero, se debe defender a ese indígena que no habla ni entiende bien el castellano y por lo tanto, tenemos que acudir a buscar algún familiar, amigo, o cualquier otra persona que pueda traducir lo que el inculcado tiene que manifestar para estar en la

posibilidad de defenderlo, ya que el sistema de justicia no cuenta con un traductor, aun cuando así lo establece la ley.

Otro artículo determinante cuando una persona indígena es sometida a un proceso penal, es el artículo 210 del CPP, que establece que: “Todas las audiencias son públicas excepto en los casos que la moral exija lo contrario.” La publicidad de las audiencias consiste en que cualquier persona –familiar, amigo, etcétera– podrá estar presente y observar el desarrollo de la audiencia. Sin embargo, en muchas ocasiones cuando el detenido se encuentra a disposición del MP, las declaraciones se fijan para la medianoche, y en estos casos, evidentemente no se encuentra el defensor de oficio, y tampoco existe un intérprete.

En la práctica del litigio, encontramos casos paradigmáticos en los cuales se violentan garantías individuales. Por ejemplo, en el año 2000, un indígena mixteco, Constantino Faustino Quiróz, de la comunidad El Mosco en el municipio de Santiago Ixtayutla, fue privado de su libertad y recluido en la cárcel de Jamiltepec, acusado del delito de homicidio. Esto sucedió cuando se presentó ante el agente del MP a denunciar el delito de despojo del que había sido objeto. Previamente, el MP había recibido una denuncia por el delito de homicidio contra una persona

con el mismo nombre pero con los apellidos invertidos a la cuál no se había logrado capturar. El agente del MP le dice a Quiróz, “ah, tú tienes una orden de aprehensión por el delito de homicidio”. Al no hablar español y carecer de recursos económicos para contratar a un abogado, Quiróz desafortunadamente fue a la cárcel por un delito que no cometió, y enfrentó un proceso penal sin saber exactamente por qué y quién lo acusaba. Paradójicamente, los testigos de cargo manifestaron que él no había sido el homicida y que la persona que había cometido ese delito aún se encontraba libre. Sin embargo, el juez argumentó que esas declaraciones carecían de valor probatorio. El proceso continuó y sólo después de un año, se logró comprobar la inocencia de Constantino Faustino Quiróz.

Lo anterior nos muestra cómo el actual sistema de administración e impartición de justicia no funciona y cómo se cometen arbitrariedades en contra de los indígenas. Ahora bien, respecto a la reforma procesal penal y los juicios orales o sistema acusatorio que se pretende implementar en el estado de Oaxaca, no se está tomando en cuenta a los pueblos y comunidades indígenas, razón por lo cual es importante que expongamos nuestras experiencias, que nos capacitemos, y que nos hagamos escuchar en los diversos foros en donde se discute esta reforma.

Ponente: Raúl Mejía Garza

Secretario de Estudio y Cuenta del Ministro José Ramón Cossío, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Quiero empezar mi presentación diciendo que estoy de acuerdo con la universalidad de los derechos humanos, y evidentemente estoy a favor de apelar a los órganos internacionales de derechos humanos, pero me parece que si no se da un énfasis en el contenido de las normas internas y no promovemos un cambio a nivel interno, vamos a terminar dando vueltas alrededor de lo mismo, usando el derecho internacional como una justicia “remedial” y no vamos a terminar de consolidar un cambio en la situación que estamos denunciando.

En mi presentación voy a mencionar varias de las reformas más importantes que se han hecho al sistema jurídico nacional durante los últimos años: la de 1994 (reforma de la Suprema Corte y sus procedimientos), 1999 (reforma constitucional a la estructura municipal) y la reforma constitucional de 2001 (tema indígena). De esta manera, quiero relatar de manera especial las coincidencias y el paralelismo que existe entre la reforma de la estructura municipal de 1999 y la reforma en materia indígena que hace el nuevo artículo segundo constitucional.

Antes de las reformas de 1994, los municipios no tenían la posibilidad de apersonarse, ni contaban con legitimidad para reclamar invasiones a sus ámbitos de competencia. Lo único que los municipios podían hacer era acudir en demanda de amparo cuando se viera afectada su partida municipal y sólo en contra de los estados. En 1994, por fin se le da a los municipios la legitimación para acudir en amparo. Claramente los municipios no tienen garantías individuales sino un sistema de competencias atribuido y esto queda solucionado en las reformas de 1994 y 1995, pues terminan otorgándole al municipio la facultad de acudir en controversia constitucional e impugnar normas de los estados y de la federación.

La reforma de 1999 es de especial relevancia,

pues se da un cambio sustantivo: el municipio deja de ser una administración y se convierte en un nivel de gobierno. El cambio en el artículo 115 de la Constitución es claro, pues ahora los municipios son “gobernados” por los ayuntamientos en vez de “administrados” por ellos. Esto implica muchos cambios a nivel de servicios públicos, a nivel de responsabilidad de funcionarios públicos, a nivel de autonomía en la posibilidad de regular sus propios procedimientos administrativos y su propia administración pública municipal, etcétera.

Sin embargo, después de la reforma de 1999, existen todavía muchos municipios a los cuales no se les han conferido las competencias que se les debían transferir, y aún existen muchísimos conflictos entre municipios y estados. ¿Por qué? Porque existía una inercia estatal de ver al municipio como una mera administración del estado y no como algo que se podría contraponer o podía impugnar las decisiones del mismo estado frente al municipio. ¿De qué manera se ha venido rompiendo la inercia de parte de los municipios? A través del litigio. Los municipios han sido los principales litigantes de controversias constitucionales de 2000 a la fecha, siendo la más importante el cuestionamiento de los municipios a la reforma al artículo segundo de la Constitución. Independientemente de este caso, queda claro que los municipios han logrado consolidar la reforma a su ámbito de gobierno a través del litigio.

Otra cosa que me parece importante resaltar es que la Suprema Corte ya ha establecido de manera interpretativa que los municipios son un orden constitucional parcial autónomo del orden estatal. El municipio ya no se encuentra subordinado al orden jurídico estatal, sino en línea horizontal en materia de distribución competencial. Ahora federación, estado y municipios están en el mismo nivel competencial, no hay jerarquía. Es así que ahora el municipio ocupa una nueva posición aunque, debo decir, no tan-

to por la reforma constitucional de 1999 en sí, sino por toda las controversias constitucionales que se han presentado y ganado desde el año 2000. Esto me parece relevante, especialmente para Oaxaca, ya que es donde se encuentra la mayor cantidad de municipios. Se ve, entonces, como ahora el municipio puede ser una plataforma desde la cual se puede hacer litigio público en materia indígena.

En cuanto a la posición de la Suprema Corte, cabe mencionar que desde la reforma de 1994 y con la de 1999, lo que se dio fue una tendencia interpretativa de la Corte a favor de los municipios. Mientras que los órganos del Estado pedían que se siga manteniendo la inercia, la Corte, especialmente después de la reforma de 1999, no podía ser más que pro municipio y de hecho esta tendencia se puede ver en la manera en que vienen siendo resueltas las controversias constitucionales.

En agosto de 2001 se modifica el artículo segundo de la Constitución. Hubo una gran resistencia por parte de los municipios a aceptar la reforma porque no incorporaba los acuerdos de San Andrés, no se consultó directamente a los pueblos indígenas, etcétera. Por esta razón se impugnó esta reforma y fueron Oaxaca y Chiapas quienes presentaron la mayoría de controversias constitucionales (más de 300). Pero la decisión de la Corte fue negativa. Las controversias constitucionales no pueden acumularse, pero la decisión donde se encuentran los argumentos clave están en la controversia promovida por San Pedro Quiatoni, Oaxaca. En esta decisión, básicamente se dice que no hay posibilidad de impugnar reformas constitucionales. Yo considero que el problema era práctico: la impugnación de los municipios y estados hacia normas federales sólo afecta a las instituciones impugnantes, por lo que, si la Suprema Corte hubiera declarado inconstitucional la reforma constitucional por razones de forma, o sea, si hubiera declarado fundada la controversia constitucional, hubiera existido una constitución para Oaxaca y Chiapas y otra para el resto del país. La Corte se vio atrapada en el problema

práctico y eso la motivó a decidir en contra.

Mi impresión es que no hay planteamientos de constitucionalidad en materia indígena a nivel federal. No tenemos un solo asunto de constitucionalidad de normas. La reforma constitucional es de 2001 y yo hubiera esperado que ya hubieran habido algunos asuntos cuestionando algunas cosas que afectan el tema indígena. Me parece que la negativa a ver el artículo segundo de la Constitución ha llevado a no impugnar cuestiones vía el propio artículo segundo.

Por otro lado, considero que el artículo segundo hace más de lo que pareciera a primera vista: por primera vez se generan sujetos colectivos. No se le había dado antes la posibilidad a sujetos colectivos de iniciar un amparo. El artículo segundo tiene por lo menos dos sujetos colectivos definidos: el pueblo y la comunidad. Lamentablemente, no ha habido hasta la fecha un caso en que la comunidad o pueblo se haya legitimado para presentar un amparo. Recordemos lo que pasa con los municipios que ya presentan amparos.

El apartado A del artículo segundo se refiere a la libre determinación y autonomía política de las comunidades, aunque no sabemos cuál es la extensión de esta libre determinación y autonomía. Considero que en los municipios con mayoría de la población indígena, o municipios donde se eligen las autoridades según los usos y costumbres, hay menos problemas; pero donde la población indígena es minoría, debe seguir habiendo necesidad de que esa minoría pueda exigir su representación dentro de su municipio. Y esto no se va a conseguir nunca a menos que esto no es impugnado. Tenemos la tendencia a cabildear todo a nivel legislativo, cuando parte de la solución está a nivel judicial.

Más importante que el apartado A me parece el apartado B del artículo segundo, pues contiene el listado de derechos sociales que específicamente protegen a la población indígena. Todas las instituciones y políticas dirigidas a proteger a la población indígena deberán ser diseñadas y

consensuadas con los pueblos y comunidades indígenas. En este sentido, existen políticas, como la reforma del proceso penal que se pretende implementar en Oaxaca, que se dirigen en parte a la población indígena y que pueden ser impugnadas por los pueblos indígenas para reclamar una mayor participación en la discusión de la reforma que se pretende implementar. Finalmente, quiero decir que no sólo se reformó el artículo segundo de la Constitución pero

también el artículo primero que ahora habla de la prohibición de toda discriminación. Debo decir que en la Suprema Corte tampoco tenemos asuntos sobre discriminación. Considero que el concepto aún no ha calado y no tenemos muy claro sus alcances y por eso, como en los temas que mencioné antes, considero que hay que promover el litigio, lo cual permitirá darle contenido al concepto.

Ponente: Evencio Martínez Ramírez

Catedrático universitario (UABJO). Subprocurador General de Control de Procesos de la Procuraduría General de Justicia del estado de Oaxaca. Entre 1997 y 2001 se desempeñó como presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca.

El marco jurídico de procuración y administración de justicia se regula por lo dispuesto en la Constitución Federal mexicana. En ese sentido, los artículos 8, 17 y 21 sustentan las leyes procesales, es decir, los códigos de procedimiento civil, penal, y en algunos estados, el familiar, los cuales establecen los mecanismos a través de los cuales se lleva a cabo la procuración y la administración de justicia. El artículo 17 establece que nadie podrá hacerse justicia por su propia mano, ni ejercer violencia para reclamar su derecho; precisa además que toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartir en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial, y desde luego, en forma gratuita.

De acuerdo al artículo 21 constitucional, la procuración de justicia corresponde al Ministerio Público (MP), que es el órgano técnico jurídico encargado de la persecución e investigación de las conductas consideradas como delitos, de la vigilancia para el normal desarrollo del procedimiento y, además, le corresponde la acusación frente al poder judicial, al cual le compete la imposición de las penas. Por su parte, el artículo 8 constitucional reconoce el derecho de todo gobernado a acudir a los tribunales para que se le administre justicia. Estos tres artículos forman el marco jurídico en que se sustentan las normas procesales.

Ahora bien, el código de procedimientos penales establece las cuatro fases del proceso penal mediante las cuales se va llegando a una sentencia final, ya sea absolutoria o condenatoria, según sea el caso. Estas fases son la de investigación, la preprocesal, la de instrucción y, desde luego, la de juicio. Sin embargo, para que exista un debido proceso, es necesario observar las normas que se establecen, ya que en todo Esta-

do de Derecho se debe garantizar sin restricción alguna los derechos de las personas involucradas en un proceso penal. Cuando estas normas procesales no se observan, entonces el procedimiento tendrá que reponerse. Toda reposición del procedimiento se hace en beneficio del inculcado o procesado, y busca subsanar los errores y las omisiones procesales, pero también trae consecuencias negativas para las partes en el proceso, pues muchas veces es difícil reponer determinadas diligencias, ya que las evidencias desaparecieron, los testigos han muerto o ya no pueden ser localizados, y todo esto va en detrimento de los derechos del procesado o de las víctimas, para el primero, al no lograr una adecuada defensa, y para la segunda, al no poder probar el órgano acusador la plena responsabilidad penal del acusado, no cubriéndose por tanto sus expectativas de castigo al delincuente y de reparación del daño. De ahí la importancia que tiene la observancia de las normas procesales para lograr con ello una resolución justa y apegada al derecho.

Existe un debido proceso cuando se observan las garantías constitucionales, los derechos humanos. Es decir, que al inculcado y después al procesado se le respeten todas y cada una de las garantías que la propia Constitución establece en forma concreta en el artículo 20 donde también se reconocen los derechos de las víctimas. Pero, ¿cuáles son estas garantías fundamentales que se establecen en todo proceso penal a favor del inculcado? Primero, el derecho que tiene a declarar, o a no declarar si así lo prefiere; pues, recordemos que era común que se le obligara a declarar al inculcado, e incluso las leyes procesales le daban un valor predominante a la confesión, acuñándose el principio, “a confesión de parte, relevo de prueba”, pronunciándose en este mismo sentido la Suprema Corte de Justicia. Ante la exigencia de organismos defensores de derechos humanos de que se cambiara este cri-

terio, este principio cayó en desuso, y hoy en día todo inculpado tiene el derecho a declarar o abstenerse de hacerlo si así lo desea, o bien, a ampliar su declaración en cualquier momento del proceso. No olvidemos que declarar es un derecho, más no una obligación.

El contar con un abogado defensor es otro de los derechos con los que cuenta el detenido desde el momento en que es privado de su libertad. Sin embargo, quiero mencionar que al interior de la Procuraduría General de Justicia del estado de Oaxaca, era común que el detenido no contara con un abogado defensor. Posteriormente vino la reforma donde se establece la obligación de la autoridad de permitir el nombramiento de un defensor o de proporcionarle uno. Pero antes no existían defensores de oficio adscritos, por lo que los agentes del MP subsanaban este problema, haciendo pasar como defensor a cualquier persona, que podía ser hasta un secretario ministerial o un policía. Después, los propios defensores de oficio incumplían con la disposición constitucional y procesal al pedirle al MP, e incluso al juez, que los dieran por presentes aun cuando materialmente no se encontraban en la diligencia, lo que implicaba dejar en completo estado de indefensión al inculpado. Lo anterior ha traído como consecuencia que muchos de los procedimientos se estén reponiendo desde la declaración preparatoria por ausencia de un defensor, provocando que los procesos duren tres o cuatro años, vulnerándose así el artículo 20 constitucional que establece que todo proceso debe concluirse antes de cuatro meses si la pena máxima no excede de dos años y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo.

Aunado a lo anterior, los procesos penales también son repuestos porque el agente del MP, quien es el representante de la parte ofendida, deja de asistir a alguna audiencia, porque el defensor particular no es titulado y en el juzgado omitieron nombrar a un defensor de oficio, o porque el secretario de juzgado es pasante, cuando la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia establece que debe ser titulado, máxime

cuando por ausencia del juez, el secretario judicial tiene que resolver. Si esta norma procesal no es observada, el procedimiento penal también debe de reponerse desde la diligencia o el acto procesal donde no se cumplió con este requisito.

En la actualidad, en los procesos penales que se llevan a cabo en el estado, no se está cumpliendo con las disposiciones que están vigentes en los códigos. Por ejemplo, la norma ordena que en todas las audiencias esté presente el juez y esto muchas veces no se produce. Este hecho es justificado al interpretar que lo que realmente quiso decir el legislador fue que el juez tuviera la “disponibilidad” de estar presente, lo cual desde luego no es así. El juzgador debe estar presente en cada una de las audiencias porque así lo dice la ley, lo cual tiene su razón de ser.

Por lo comentado, y debido a los fuertes vicios del procedimiento penal vigente, soy partidario de un nuevo sistema de justicia penal, a través de un sistema acusatorio oral, donde la presencia del juez en primer lugar sea obligatoria, donde las partes busquen la profesionalización, y donde el MP tenga el valor de acusar cuando existen los elementos y la ética para dejar de hacerlo cuando no los haya, donde la presunción de inocencia sea una realidad y no una simulación, pues se trata de una institución de buena fe.

En cuanto a los indígenas sujetos a procesos, debemos distinguir dos momentos: cuando el indígena es sujeto a un proceso regulado en el CPP, y cuando es sujeto al sistema jurídico propio de la comunidad o del pueblo indígena. En ambos casos tenemos diferencias fundamentales. Cuando un indígena es juzgado en base al procedimiento en el que somos juzgados todas las demás personas, es entonces cuando se debe establecer el pleno respeto a los derechos fundamentales y además observar las reglas que establece el CPP cuando se trata de indígenas: por ejemplo, que cuente con un traductor, derecho indispensable para que pueda saber quién lo acusa y de qué lo acusa, así como contar con una adecuada defensa que le garantice la plena observancia de sus garantías procesales.

También es importante tomar en cuenta lo establecido en el artículo 74 del Código Penal, donde se señala que el juez deberá tomar en cuenta: “ii) las circunstancias de tiempo, lugar, ambiente, modo, ocasión y otras relevantes en la realización del delito, ... vi) el mayor o menor coeficiente intelectual, su nivel educativo y cultural ... y, vii) la extracción urbana o rural del agente.” Asimismo, el artículo 22 del CPP señala: “Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor...”

Es una realidad que, cuando se trata de un indígena sujeto a un proceso penal, existe discriminación. Es por esto que debemos explicarles cuáles son sus derechos, quién los acusa y de qué se le acusa, decirles que tienen el derecho a presentar pruebas, etcétera. Dentro de este contexto, otro problema que se observa es la falta de una adecuada defensa técnico-jurídica. Muchos indígenas están privados de su libertad por falta de una buena defensa. En muchos casos se ha ordenado por las salas penales del Tribunal Superior de Justicia reponer los procedimientos por la deficiente defensa que tuvo el procesado, pues se aprecia de autos la falta de interés o profesionalismo del abogado. Es frecuente que el abogado defensor actúe sólo en la etapa preprocesal y abandone a la persona tan luego se le dicta auto de formal prisión. De igual forma, es frecuente que el abogado defensor, y especialmente el defensor de oficio, no ofrezca pruebas; lo único que pide son copias del expediente y la ampliación del término constitucional, sin justi-

ficar para qué pide dicha ampliación, reservándose el derecho para hacerlo valer con posterioridad, lo que ya no ocurre. ¿Pero, para qué pide ampliación si no presenta pruebas? En algunos casos, los defensores no conocen la ley ni la jurisprudencia aplicable; tampoco los instrumentos internacionales en donde puedan sustentar sus peticiones. Además de lo anterior, en los procesos donde intervienen partidos políticos u organizaciones sociales la situación se vuelve en ocasiones mas grave aun, porque resulta que el asunto jurídico se vuelve político, y se busca resolver el asunto políticamente cuando debe resolverse jurídicamente. En estos casos, se quiere estirar la ley para cualquier lado, negando con ello todo Estado de Derecho.

Debemos comentar, además, qué pasa con la administración y procuración de justicia dentro de las comunidades y pueblos indígenas. Si bien es cierto que Oaxaca cuenta con la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas que reconoce la existencia de sistemas normativos internos para las comunidades indígenas, empero, hace falta la implementación de esta ley, porque ni siquiera se ha cumplido con el artículo transitorio en cuanto a la traducción a las lenguas de pueblos indígenas; tampoco se han hecho las homologaciones jurídicas. Con respecto al reconocimiento existente de los sistemas normativos, es muy importante que en la realidad se cumpla, porque desde luego los pueblos indígenas tienen derecho a la procuración y administración de justicia de acuerdo a sus propios sistemas jurídicos.

Ponente: Elisa Cruz Rueda

Abogada y antropóloga. Especialista en pluralismo jurídico.

La existencia de las normas de reconocimiento a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el derecho positivo mexicano, fundamentalmente establecidas en la Constitución Federal y en la Ley de Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Oaxaca, que reconocen a los pueblos y comunidades indígenas el derecho a tener un “derecho propio” (o sistema normativo indígena), no ha sido suficiente. No se han implementado acciones específicas en lo concerniente a la procuración e impartición de justicia a presos indígenas o sujetos a proceso penal, de tal manera que no basta aceptar que en la Constitución y en las leyes exista el reconocimiento de otras formas de manifestación del derecho, cuando en la práctica sigue imperando el Derecho del Estado que se coloca sobre cualquier otra forma de manifestación del derecho. Por lo anterior, cabría preguntarnos si estamos frente a un pluralismo jurídico unilateral en donde el Estado dice qué es el derecho, qué es el derecho indígena, la definición de sus alcances y limitaciones, jurisdicción y en qué circunstancias y casos es válido.

De esta manera, el debate sobre si los indígenas y sus pueblos tienen o no derecho a tener su derecho resurge en un nivel en el que es reconocido por el Estado, pero no se establecen los mecanismos adecuados para su cumplimiento. Es decir, se reconocen en el derecho mexicano derechos que no pueden ser ejercitados por los sujetos colectivos (de nueva generación pues no son como los sindicatos o como las comunidades agrarias), quedando tal reconocimiento como mera retórica jurídica. Idealmente, estos mecanismos deben incluir toda la infraestructura y personal capacitado de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia cuando se encuentran ante una situación de diversidad cultural. Así también implica, por un lado, la existencia de defensores particulares o de oficio que realmente conozcan la cultura del pueblo indígena del que provienen sus defendidos, o por lo

menos puedan alegar jurídicamente agravantes o atenuantes dados por el referente cultural. En su caso, estos defensores, con la capacitación suficiente, tendrían que alegar la existencia de procedimientos propios en la comunidad para atender la falta o delito del que se le acusa a su defendido; esto sería uno de los niveles superiores del reconocimiento real y no meramente retórico del derecho indígena. Para esto, el abogado defensor o particular tendría que hacer uso de los recursos y procedimientos del derecho indígena, pero también de los recursos legales y medios de prueba del derecho positivo, como es el peritaje antropológico.

Este último de ninguna manera debe ser utilizado para “probar” que una persona es indígena o no, ya que la autoadscripción es un derecho humano reconocido en el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, es necesaria la presencia de jueces en las regiones indígenas que sean capaces de comprender la diferencia cultural como un principio de justicia y dar a cada quién lo suyo y juzgar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Lamentablemente, el uso del peritaje ha venido siendo para demostrar si el indígena lo es y además si era conocedor o “ignorante” de la cultura nacional mexicana. En estos casos, el término “cultura” se ha utilizado en un sentido reductivo y exclusionista más que en un sentido amplio e inclusivo, donde se entiende a la cultura como una totalidad producto del quehacer humano, no como el nivel de conocimientos que tiene una persona.

En este sentido, ser abogado indígena implica comprender que la dogmática del derecho aprendido difiere mucho de los principios y valores de su comunidad, en lo particular y de los pueblos indígenas en lo general. Es decir, aunque es una ventaja ser abogado indígena, esto no siempre implica un beneficio para los indígenas acusados, indiciados o presos o más aun para una comunidad que defiende la vigencia de su sistema normativo propio, pues la formación

que recibió como abogado o abogada le da otra visión que difiere de lo que observa o lo que hace en y para su comunidad, ya que sus conocimientos académicos los consiguió en una situación de hegemonía en la que el Estado ha impuesto una cultura nacional sobre las demás. En muchas de las ocasiones, son los propios abogados indígenas quienes vulneran los sistemas normativos de sus comunidades en lugar de reforzarlos y defenderlos ante el sistema estatal de procuración e impartición de justicia.

Así, al hablar de diferencia cultural no se trata de idealizar a los indígenas y sus pueblos en sus dinámicas internas; tampoco se trata de justificar los posibles abusos de poder, que también se dan en el derecho estatal, hechos por ellos o en contra de ellos. En todo caso implica la posibilidad de tender puentes de entendimiento entre el derecho positivo y el derecho indígena, es decir, entre la lógica, los principios y valores culturales que dan sustento a cada ordenamiento. Este principio de diferencia cultural tampoco significa presuponer que un indígena es inocente por ser indígena o porque es diferente, o peor aún, porque es ignorante. Se trata más bien de garantizar realmente el acceso a la justicia del ofensor y del ofendido y el respeto al principio de que toda persona tiene derecho a un debido proceso y a una adecuada defensa, lo cual no se puede lograr si no se consideran, en primer lugar, la existencia del derecho indígena y de los valores culturales del pueblo al que pertenece una persona sujeta a un proceso ante el Estado.

Ahora bien, en algunas comunidades o pueblos indígenas se da el caso de que el ofensor –individuo indígena– al cometer una falta, error o un delito, se somete voluntariamente a la justicia de la comunidad y dice, “sí yo fui y quiero aclarar todo”, es porque en la lógica indígena la aceptación y sometimiento son atenuantes de responsabilidad, no presupone la inocencia, pero expresa la buena voluntad del ofensor para aclarar los hechos, además de aceptar el poder de las autoridades y someterse a la justicia de su comunidad. Esta actitud contribuye a evaluar al ofensor en su relación con la comunidad para

juzar el hecho cometido. En contraste, la justicia del Estado asume que el sometimiento voluntario a la justicia y la aceptación de la culpa son elementos de confesión y en realidad sólo interesa el hecho cometido, mas no la persona, ni los motivos, ni las circunstancias en que sucedieron.

El debido proceso legal implica reconocer que existe una concurrencia entre dos formas de expresión del derecho: el derecho positivo y el derecho indígena. Este reconocimiento facilitaría la interacción entre el indiciado y/o preso con su abogado y demás actores del sistema de administración y procuración de justicia, como el Ministerio Público, el secretario judicial, la secretaria mecanógrafa, etcétera. Luego, entonces, no sólo la presencia de un traductor es requisito indispensable, sin el cual el principio de diferencia cultural no puede ser respetado, pero también es de suma importancia la presencia de un perito antropólogo especialista en la cultura y sistema normativo de la comunidad de la que proviene el indígena acusado. Por lo tanto, desde el momento de ser detenido, un indígena monolingüe que habla medianamente el español o que, aun hablando el español y su idioma materno prefiere ser procesado en su lengua, debe contar con la presencia de un traductor y del perito antropólogo para dictaminar la existencia de procedimientos de atención a la falta o delito del que se le acusa. Sin embargo, de por sí es difícil contar con un perito traductor adecuado en el contexto oaxaqueño, máxime cuando hay tantas variantes lingüísticas en el estado de Oaxaca; más difícil es contar con un perito antropólogo en el derecho indígena de una comunidad, por lo que es necesario una revisión en este sentido.

Ahora bien, referirnos al debido proceso implica también una defensa adecuada del indiciado o procesado, pero en la práctica, muchas veces no se le da al indígena la opción de escoger a su defensor. Es decir, no se le explica que puede nombrar a una persona de su confianza, que puede nombrar a su defensor o que cuenta con uno de oficio; simplemente se le dice, “como tú

no puedes contar con un abogado y no tienes persona de tu confianza, este es tu abogado”. Cabría preguntarnos si realmente se cumple con el principio de fondo que se persigue con este derecho, o sólo se cumple en lo formal.

Por lo anterior, es necesaria la actualización del Estado mexicano y en consecuencia del sistema jurídico y su estructura para lograr un proceso legal adecuado e incluir los sistemas normativos de los pueblos indígenas. Esto no significa una separación del Estado mexicano, sino que se reconozca una realidad que existe de facto. La justicia indígena en distintas regiones de la república mexicana actúa y se actualiza; por ejemplo, en el estado de Guerrero, en la costa y en la montaña, existe lo que se conoce como “policía comunitaria”.

Esta policía comunitaria trabaja en más de cinco municipios de la región, que son *tlapanecos* y *mixtecos* quienes trabajan con las autoridades de cada comunidad para lo cual llevan reuniones mensualmente para ver asuntos de seguridad pública que el estado de Guerrero no ha podido combatir. Entre los ejemplos se encuentran los casos de personas dedicadas al abigeato que han sido detenidas por esta policía, y donde el mecanismo para juzgarlos es la asamblea regional, para después cumplir su pena dando servicio en cada una de las comunidades que fueron afectadas por su acción. Por otra parte no es siempre la acción del Estado, a través de los aparatos de procuración e impartición de justicia, lo que ha socavado los sistemas normativos; muchas veces los pueblos indígenas recurren al derecho estatal de manera voluntaria cuando se sienten rebasados o por hacer un uso estratégico del mismo en la solución de sus conflictos inter e intracomunitarios. Finalmente, existen espacios de autonomía comunitaria en los cuales las comunidades ejercen su derecho a aplicar la justicia de manera paralela al Estado mexicano.

Contrario a lo anterior, en el estado de Oaxaca, es frecuente la presencia de promotores agrarios o capacitadores de la Procuraduría General de Justicia de ese estado, que le dicen a las autori-

dades indígenas que no pueden conocer de delitos graves porque, de acuerdo a la normatividad positiva vigente, carecen de competencia para ello, y si lo hacen, estarían actuando abusando de su poder. Esto constituye desde luego una falta de respeto a la diversidad cultural (expresada en el derecho a tener “un derecho propio”) así como al sentido común, dada la existencia de una concurrencia de facto de distintas formas de derecho y de competencias. El caso de Guerrero y de Oaxaca exponen dos formas en las que la autonomía reconocida jurídicamente no es respetada o acatada en los hechos por los agentes del Estado y particularmente por los actores del sistema de procuración e impartición de justicia. Muestra además el racismo encubierto, pues se pone bajo sospecha a las autoridades indígenas, señalándolas a ellas y a los usos y costumbres como constantes e irremediables violentadores de derechos humanos, negándoseles el derecho a la plena autonomía para resolver y dirimir conflictos o disputas entre sus similares.

Para concluir, es necesario realizar capacitaciones de defensores indígenas, particulares o de oficio, considerando la renovación de la cultura desde una posición crítica, reflexiva. Es necesario estar conscientes que el derecho indígena no es armónico; responde a las necesidades y procesos históricos de las comunidades indígenas, las cuales no están aisladas debido a que interactúan con las culturas de otros pueblos y comunidades indígenas, así como con el Derecho del Estado.

Es necesario que defensores de oficio, agentes del Ministerio Público y jueces que se encuentran adscritos a una población mayoritariamente indígena sean capacitados en la cultura de la región, en los sistemas normativos de los pueblos étnicos que se encuentran dentro de la jurisdicción. Para esto se requiere del apoyo de antropólogos especializados en el derecho indígena y en el Derecho del Estado, así como la interlocución entre abogados, peritos antropólogos y magistrados, por lo que es imperioso establecer una red entre estos profesionistas y jurisperitos; establecer una red entre las universidades

públicas, privadas y las diversas instancias de poder del Estado encargadas de la impartición de justicia para establecer lineamientos generales sobre peritajes antropológicos, culturales, físicos, arqueológicos y médicos, lo que permitiría involucrar al poder ejecutivo federal, estatal, la Procuraduría General de Justicia del estado y de la república, al Instituto Nacional de Antropología e Historia, a la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca, y a la Universidad Nacional Autónoma de México, entre otros.

Es importante advertir que la falta de una reforma del Estado, como lo ameritaba el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas—entre otros, la autonomía— ha abierto espacios de concurrencia del derecho positivo y el derecho indígena (o sistemas normativos indígenas), generando conflictos de poder y de competencias particularmente por lo que toca a la procuración e impartición de justicia en materia penal, violentando derechos humanos de

miembros de comunidades y pueblos indígenas. Como un camino para respetar estos derechos y empezar a abordar estos conflictos de manera constructiva, propongo la redacción preliminar de lo que serían preceptos legales que se tendrían que incluir en los Códigos de Procedimiento Penal y Civil del estado de Oaxaca, u otros con las adecuaciones convenientes en cada instrumento y entidad federativa, para orientar a los actores del sistema de procuración e impartición de justicia (ministerios públicos, abogados defensores, jueces) en el conocimiento del derecho indígena y en el uso del peritaje jurídico, antropológico, cultural y lingüístico. Con ello, se pretendería no sólo seguir caminando hacia una relación intercultural y hacia el respeto a la autoadscripción como derecho humano, sino también para garantizar el reconocimiento del derecho indígena y abonar por el respeto al debido acceso a la jurisdicción del Estado, es decir, un debido proceso legal que comprenda la relación entre dos formas de derecho con lógicas jurídicas distintas.

Conclusiones de las Mesas de Trabajo

Tema I: Sistema de Administración y Procuración de Justicia y Pueblos Indígenas en Oaxaca

El sistema de procuración y administración de justicia en Oaxaca tiene graves deficiencias que afectan a todas las personas que se ven sometidas a un proceso penal. Tienen un impacto mayor en la población indígena por ser ésta una población especialmente vulnerable, carente de recursos económicos, que no entiende el idioma que usan los funcionarios ni el funcionamiento del proceso penal, basado muchas veces en principios y reglas opuestas a las que rigen el derecho de los pueblos indígenas.

En base al diagnóstico de la situación y algunas recomendaciones que se dieron en la primera parte del seminario, los participantes de la primera mesa respondieron a la siguiente pregunta:

¿Qué recomendaciones tienen para mejorar la procuración y administración de justicia en relación a los pueblos indígenas en Oaxaca?

Las respuestas fueron las siguientes:

- Sensibilizar a los funcionarios encargados de la procuración y administración de justicia sobre la realidad pluricultural de Oaxaca.
- Profesionalizar a los servidores públicos encargados de la procuración y administración de justicia, en especial jueces, secretarios, ministerios públicos, y defensores de oficio.

- Capacitar a los defensores tanto de oficio como particulares en los instrumentos que la propia legislación ofrece para mejorar el nivel de la defensa de indígenas procesados.
- Formar peritos traductores que dominen todas las lenguas que hablan los pueblos indígenas de Oaxaca y promover su contratación por parte del poder judicial.
- Promover el litigio estratégico con la finalidad de lograr el respeto pleno de los derechos de los pueblos indígenas que son reconocidos en la legislación estatal como federal.
- Hacer una reforma estructural del sistema de justicia del estado que tome en cuenta los puntos de vista y las necesidades de los pueblos indígenas.
- Someter a investigación y fincar responsabilidades a los servidores públicos que no cumplan sus funciones adecuadamente.
- Proponer que se incluya una materia universitaria sobre derechos humanos y pueblos indígenas que sea obligatoria y no optativa.
- Promover la actuación de la sociedad civil organizada como vigilante de la actuación de los servidores públicos.

TEMA II

Experiencias Comparadas de Litigio en Defensa de Indígenas y Pueblos Indígenas

Ponente: Jaime Madariaga

Abogado litigante y profesor universitario. Especialista en derecho internacional y pueblos indígenas. Ha sido defensor penal público y abogado defensor en diversas causas contra *mapuches*.

Mi participación en este taller no se debe a mi experticia en derecho indígena sino a mi experiencia en la defensa legal de *mapuches* acusados de infringir la ley antiterrorista en Chile. Pero antes, quiero comenzar diciendo quiénes son los *mapuche* o los araucanos, citando a Pablo Neruda en su obra, *Confieso que he vivido*:

Si Temuco era la avanzada de la vida chilena en los territorios del sur de Chile, esto significaba una larga historia de sangre. Al empuje de los conquistadores españoles, después de 300 años de lucha, los araucanos se replegaron hacia aquellas regiones frías. Pero los chilenos continuaron lo que se llamó “la pacificación de la Araucanía”, es decir, la continuación de una guerra a sangre y fuego para desposeer a nuestros compatriotas de sus tierras. Contra los indios todas las armas se usaron con generosidad: el disparo de carabina, el incendio de sus chozas, y luego, en forma más paternal, se empleó la ley y el alcohol. El abogado se hizo también especialista en el despojo de sus campos, el juez los condenó cuando protestaron, y el sacerdote los amenazó con el fuego eterno. Y, por fin, el aguardiente consumó el aniquilamiento de una raza soberbia cuyas proezas, valentía y belleza dejó grabadas en estrofas de hierro y de jaspe don Alonso de Ercilla en su obra, *La Araucana*.

Los *mapuche* son un grupo indígena que ha venido siendo perseguido por supuestas violaciones a la ley antiterrorista en Chile. Esta ley se promulgó en la época del dictador Augusto Pinochet en 1984; y si bien es cierto que tuvo algunas modificaciones cuando llegó la democracia en el año 1990, sigue siendo una ley que tiene su origen en una dictadura militar y que violenta el debido proceso.

El conflicto fundamental con los *mapuche* radica principalmente en la tierra que desde tiempos inmemorables habitan. Las empresas forestales, grandes trasnacionales, están adquiriendo esas tierras y expulsándolos de ellas. Por eso, la mayoría del millón y medio de *mapuches* que existen en Chile se ha visto en la necesidad de emigrar hacia la capital, obviamente para realizar los peores trabajos. Las comunidades *mapuche* que se han quedado se han visto forzadas a defender su tierra y sus costumbres. Ha habido una lucha, pero no con armas de fuego sino con armas tradicionales de la gente del pueblo *mapuche*, o “etnia” *mapuche*, como los llama el Estado chileno. Han habido ataques a algunas empresas y predios forestales donde se ha visto lesionada la propiedad de esas grandes empresas pero jamás se ha causado la muerte de ninguna persona. Y en Chile, lamentablemente, se protege con mayor dureza la propiedad que la vida; basta ver las penas para un delito de homicidio, de robo con intimidación, o de incendio: la pena para el último es tres veces más grave que para el homicidio.

¿Qué ha hecho el Estado cuando han habido *mapuches* acusados de cometer el delito de incendio y contra la propiedad de las empresas forestales? Han aplicado la ley antiterrorista. El primer caso emblemático ocurrió en el año 2000. La víctima, lamentablemente para los *mapuches* que hoy están encarcelados por este delito, fue el presidente del Tribunal Constitucional, quien es latifundista en el territorio de los *mapuche*: su casa fue quemada. Ese hecho, que había ocurrido con otras casas y otras propiedades,

jamás había sido considerado delito terrorista, pero en este caso, como la víctima fue el presidente del Tribunal Constitucional, ex ministro de Estado, se consideró como delito terrorista. No se atendió al hecho sino a quien era la víctima.

Las empresas forestales en Chile se concentran fundamentalmente en dos manos, que son las dos personas más ricas del país: ahí existe una desigualdad de fuerzas evidente para defender a gente *mapuche* frente a toda la persecución criminal que se hace por parte del Estado chileno, las empresas forestales, y además por el Ministerio Público (MP). Es aquí donde tiene especial importancia la intervención de los abogados litigantes, ya que la persecución de los *mapuche* se hace normalmente por delito terrorista y — aunque en Chile estuviera reconocido el derecho indígena, que no es el caso— la persecución de este delito se haría siempre por el derecho oficial. De ahí la importancia de realizar una buena defensa técnica de estas personas.

Afortunadamente, la reforma procesal penal que se pretende implementar ahora en México se introdujo hace varios años en Chile, y sin duda significó un paso adelante en el respeto al debido proceso. El hecho de que el juicio sea ahora oral y público cambió absolutamente todo. Y para ese nuevo escenario hay que prepararse, porque es ahí donde los abogados litigantes hemos logrado en muchas oportunidades ganar juicios en favor de los *mapuche*, teniendo en contra los poderes que ya hemos mencionado. Porque para el juez, aun cuando no tenga un convencimiento íntimo de que debe respetar el derecho indígena o a las minorías indígenas, resulta muy difícil fallar en contra de la verdad cuando este se impone por la misma publicidad, por las trescientas personas que están escuchando el juicio, por la prensa o por las grabaciones del juicio.

Así, la verdad empieza a tener poder, pero la verdad no tiene poder si no se conoce, que es precisamente lo que ocurría en el sistema acusatorio. Cuando la verdad la conoce el público,

cuando escucha al acusado que está sentado ahí y ve la defensa técnica de su defensor, cuando sabe de qué lo acusan, y quién lo acusa, cuando escucha al testigo que declara en su contra, es entonces cuando empieza a haber un cambio fundamental en el sistema penal que requiere de una preparación especial por parte del abogado litigante.

Yo no pretendo decir que el derecho indígena no tenga importancia, pero hay que tener cuidado cuando decimos que “hay que ser valientes para invocar el derecho indígena”. Yo creo que hay que tener cuidado, no debemos hacer eso corriendo el riesgo de que condenen a alguien por invocar por primera vez una jurisdicción que no ha sido aplicada o un derecho que no ha sido reconocido. Considero que lo anterior debe hacerse con el consentimiento del imputado, del acusado, pero sin su consentimiento sería algo muy peligroso. Creo que lo que hay que hacer es una defensa adecuada para que el acusado no vaya a la cárcel, o para sacarlo de ella. Quizá en el caso de persecución penal en que se representa a una víctima, la situación pudiera ser distinta; creo que en este supuesto se podría correr el riesgo de que un culpable sea absuelto, pero no podemos correr el riesgo contrario, menos sin el consentimiento del acusado.

Uno de los temas fundamentales en la preparación de un juicio contra *mapuches* es la preparación de una buena defensa técnica, y cuando digo defensa técnica no dejo de lado el derecho indígena, que si puede ser utilizado, hay que usarlo. Pero creo que lo fundamental está en el uso del derecho penal general y especial, porque las armas que debemos usar en la jurisdicción oficial para ganar un juicio son precisamente las que nos da el derecho penal general y el derecho penal especial.

A propósito de de la costumbre indígena y la posibilidad de usarla como atenuante o eximente de responsabilidad penal, en Chile tenemos dos casos muy antiguos: uno se presentó en los 70, cuando después del maremoto que destruyó el sur de Chile, una mujer fue asesinada, ya que

se le acusaba de brujería y se le relacionaba con estos hechos. El otro caso ocurrió en una comunidad donde un niño fue muerto como sacrificio. En ambos casos hubo sentencia de tribunales de distinta jurisdicción estatal que eximieron a los autores de responsabilidad penal. En ambos casos se usaron las normas del derecho penal general, y el argumento de las sentencias fue el error de prohibición.

En los litigios en los que he participado, la defensa ha sido en el sentido de negar la participación criminal en los hechos, o negar la calificación jurídica de acto terrorista, pero nunca se ha argumentado que el hecho criminal esté justificado por ser una costumbre indígena. Desde mi experiencia, jamás he visto que en un juicio de homicidio, por ejemplo, se plantee una defensa en donde se justifique que se cometió por costumbre indígena, o que un incendio esté justificado por la costumbre indígena. Lo que se ha alegado es que los *mapuches* no ejecutaron ese incendio o que no cometieron un homicidio; afirmaciones que se hacen, desde luego, teniendo las pruebas a nuestro favor.

En un juicio de tal naturaleza se aplican las armas del derecho oficial, y desde luego que se puede ganar desde la jurisdicción del Estado. Sería un error tratar de justificar conductas que no se han ejecutado, como actos de terrorismo, en base a un derecho indígena. En los casos que mencioné, los jueces eximieron de responsabilidad penal a los autores usando el argumento del error de prohibición, que es parte del derecho penal general. Creo que en muchos casos se podrían lograr absoluciones aplicando el derecho penal general y usando una buena técnica legal de litigación. En el nuevo sistema procesal penal, los que mejor se preparen para los juicios penales serán los que ganen los juicios. Por supuesto que podemos pedir la aplicación del derecho indígena, siempre que no pongamos en riesgo a los acusados.

Lo que sí está empezando a ocurrir en Latinoamérica y debemos resaltar es la exageración al momento de tipificar las conductas. Lamenta-

blemente, el concepto de terrorismo se está ampliando en el continente de una manera errada, particularmente en Chile, donde se acusa de terrorismo por hechos que sin duda no lo son.

Jamás ha habido una persona muerta en manos de un *mapuche*; sólo se han cometido delitos contra la propiedad. Empero, cuando se aplica la ley antiterrorista por este hecho, la protección de los derechos humanos prácticamente desaparece, no existe el debido proceso. Una afectación grave al debido proceso son, por ejemplo, los juicios con “testigos sin rostro” que pertenecen a comunidades indígenas que acusan a otros miembros de comunidades indígenas. Esto, además de ser una vulneración al debido proceso, impide la persecución penal por el delito de falso testimonio, porque se mantiene en reserva la identidad del testigo. Lo anterior ha generado una serie de conflictos en el interior de las comunidades indígenas, ya que la gente que vive en esas comunidades sabe que han sido traicionados por otros comuneros indígenas que los han entregado a la policía o al MP, acusándolos muchas veces de hechos que no son ciertos. Obviamente esto provoca la aplicación de la justicia por propia mano por parte de los familiares de quienes están presos a causa de estas declaraciones de testigos sin rostro.

La implementación de la reforma procesal penal en México sería un gran avance en materia de defensa de derechos humanos y respeto a un debido proceso. Sin embargo, se debe tener especial cuidado en el papel que adopta el fiscal o el MP, porque empiezan a haber fiscales estrella, fiscales que se convierten en expertos en la persecución de indígenas, o son expertos en la protección de intereses de las grandes empresas transnacionales, como sucede en el caso de Chile. Y es ahí donde la reforma procesal penal tiene un lado muy negativo, por lo que resulta importante que los diferentes actores involucrados puedan intervenir en las reformas que se vienen: Los pueblos indígenas o las agrupaciones que los representan deben de tratar de tener influencia en las modificaciones, o en el nuevo código procesal penal que se va a dictar.

Uno de los problemas prácticos que se puede presentar con la aprobación del nuevo código procesal penal es el de la justicia reparatora o restaurativa en materia penal, que permite que delitos menores sean sancionados con penas muy bajas, con simples reparaciones pecuniarias o de otro tipo. Pero aquí se presenta otro tipo de problema, pues esta salida lleva implícita la aceptación de la responsabilidad penal, y es que las personas que no han ejecutado ningún hecho, por el temor a ser perseguidas por la justicia penal, aceptan su responsabilidad por hechos que no han cometido, porque la pena que se impondrá será muy baja, y no van a ir a la cárcel. Sin embargo, hay que tener cuidado con esto, porque se van generando antecedentes penales, y cuando en el futuro estas personas sean acusadas por algún delito, serán reincidentes o al menos una persona con antecedentes penales, y por lo tanto, no van a ser personas de conducta irreprochable.

Otro tema que merece especial atención es la necesidad de crear una defensoría penal pública, porque la persona que no tiene dinero va a ser

defendida por un defensor de oficio, y ese defensor tendrá que ser experto en la materia de litigación de juicios orales. En Chile se creó una defensoría penal para la defensa de los *mapuche*, la que no ha sido suficiente. Lamentablemente, en Chile los abogados *mapuche* están poco involucrados en la defensa del pueblo *mapuche*. Todo lo anterior nos llevó a analizar nuevamente el rol que cumple la defensoría penal pública en el nuevo sistema procesal penal, por lo que recomiendo que la opinión de abogados expertos en materia indígena sea escuchada durante las discusiones alrededor de la reforma del proceso penal en Oaxaca, y en particular, las discusiones alrededor de la creación de una defensa penal pública.

Para concluir, quiero decir que considero necesario que los abogados litigantes que defienden indígenas en México se especialicen en el derecho oficial, sin dejar de lado los sistemas jurídicos propios. Hay que ser igual de expertos en ambos sistemas, pero es en el terreno del derecho oficial donde van a tener que pelear, donde van a tener que ganar los casos.

Ponente: Miguel Ángel de los Santos

Abogado especialista en derecho penal y derecho internacional de los derechos humanos. Actualmente se desempeña como asesor de la Red de Defensores Comunitarios por los Derechos Humanos de San Cristóbal de las Casas, Chiapas.

Voy a compartir con ustedes mi experiencia en la defensa de los derechos humanos en Chiapas, pero antes quiero mencionar que se está abriendo otro espacio en donde se están presentando nuevos riesgos para los derechos colectivos de los pueblos indígenas y nuevos desafíos para los abogados a cargo de su acompañamiento y defensa legal, y que tiene que ver con los grandes proyectos económicos y las actividades de las empresas internacionales que se están llevando a cabo en el estado.

En Chiapas, la tercera parte de la población es indígena. A partir de 1995 se presentó un nuevo fenómeno social: la conformación de los conocidos “consejos autónomos en rebeldía”, que son espacios de jurisdicción indígena de ámbito legal y de organización política creada por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. Esta conformación de consejos autónomos evidentemente trajo reacciones por parte del gobierno federal y estatal en el sentido castigar a las autoridades por las actividades que llevaban a cabo las autoridades en los municipios autónomos.

Ahora bien, en Chiapas y supongo que en el estado de Oaxaca también, se han creado instancias especiales para la atención de los indígenas en las áreas de procuración de justicia, derechos humanos y las áreas sociales y políticas con las que se ha pretendido dar vigencia a los derechos de los indígenas. Sin embargo, cuando estas instancias, como sucede en Chiapas, carecen de los recursos materiales necesarios y de personal humano capacitado, pueden tener un efecto contraproducente que muchas veces se traduce en discriminación para los pueblos indígenas.

En Chiapas, es frecuente que cuando las autoridades llevan a cabo acciones policiales masivas, éstas siempre sean en comunidades indígenas, y casi nunca en colonias urbanas donde también se han generado delitos. Y si se llevan a cabo en otros sectores, el Estado nunca reacciona del

modo como lo hace cuando incursiona en comunidades indígenas, donde llega con cientos de policías de diferentes corporaciones y donde por lo regular detiene a 100, 200, y hasta 300 personas en un solo operativo.

Evidentemente todas estas personas detenidas enfrentan procesos penales llenos de irregularidades, entre las que encontramos la falta de traductores, duplicidad en las funciones de los traductores (es decir, él que traduce lo que dice el ofendido es también persona de confianza o defensor del indiciado o procesado), y dificultad en el desahogo de pruebas, porque muchas veces quienes pueden ser buenos testigos a favor del detenido tienen miedo de acudir a un tribunal porque creen que también serán detenidos. Estos procesos penales, además de ser irregulares y violar las reglas mínimas de todo debido proceso, violentan también los derechos humanos de los procesados.

Asimismo, se somete a procesos penales a miembros de comunidades y pueblos indígenas que incurren en delitos que en su cultura no constituyen una infracción a una ley: Por ejemplo, el hecho de explotar madera, de cortarla para mejorar sus viviendas, constituye para ellos actividades normales. Esto es cierto, cuando llegamos a estas comunidades podemos observar que la mayoría de las viviendas están construidas de madera porque no hay ningún otro material con el que puedan construirse y por la falta de recursos económicos para construir las con materiales diferentes. Así también utilizan carbón, que constituye el combustible para cocinar sus alimentos. Sin embargo, cuando empezaron las campañas para “mejorar el medio ambiente”, transportar carbón, o madera para construir sus viviendas o para convertirla en leña, empezó a constituir delito. Muchas veces no importa cuál sea la cantidad; una persona puede ser detenida sólo por llevar un costal de carbón que va a utilizar para cocinar sus alimentos, y por supuesto

es sancionada.

Es cierto que una parte del problema de la justicia para los indígenas es la necesidad de que los defensores se capaciten y empiecen a utilizar los mecanismos que el derecho penal ofrece para realizar una defensa adecuada, pero también es necesario que los servidores que están a cargo de impartir justicia sean capacitados y además que tomen conciencia y asuman una nueva actitud frente a los casos en que están involucrados indígenas. Lamentablemente, los juzgadores evitan entrar al análisis de las conductas y eventuales justificantes y eximentes de responsabilidad que podrían haber existido en la conducta de un indígena procesado, y en la mayoría de casos se les condena, aunque se les impone sanciones muy bajas. Por eso es necesario incorporar a los procesos penales los peritajes antropológicos y solicitar que éstos sean realmente estudiados por los impartidores de justicia y no sólo utilizados para reducir la pena.

Otro problema respecto al tema indígena es cómo incorporar en los procesos penales el hecho de que el Estado realmente no puede estar legitimado para exigir responsabilidad a indígenas, de manera individual o como grupos que no han tenido la atención debida, que han sido marginados por acciones políticas por parte del mismo Estado, que carecen muchas veces de educación, que finalmente viven en circunstancias diferentes que hacen que el concepto de igualdad ante la ley sea realmente absurdo. Por todo esto, es necesario que los abogados indígenas tomen la palabra en la discusión de la reforma del proceso penal, que realmente sea discutida por todos los sectores y no sólo por políticos de partidos o por las grandes barras de

abogados y abogadas.

Es muy fácil ver lo ajeno y distante que los procesos penales seguidos contra indígenas están de sus prácticas culturales. Por esta razón, en los espacios de discusión de la nueva reforma procesal penal se debe promover que se escuche la voz de los abogados con experiencia en la defensa de indígenas y se tomen en cuenta las diferencias culturales existentes. Para los indígenas es muy difícil aceptar que se ha incurrido en una conducta delictiva por el solo hecho de procesar leña para carbón; o entender como una autoridad comunitaria que detuvo a una persona y la castiga en base al derecho indígena, sea acusada de privación ilegal de la libertad y sea procesada por tal hecho. En este último caso, muchas veces la misma comunidad hace suya la defensa de la autoridad procesada penalmente. Un caso así se dio cuando una comunidad entera se volcó en contra del juez, quien no tuvo más remedio que dictar un auto de libertad, pues el pleno de la comunidad llegó a las instalaciones del juzgado, e incluso propuso que todos ellos estaban dispuestos a rendir su testimonio a favor de su autoridad.

Por todo lo expuesto, es necesaria la capacitación de los abogados defensores pero también de las autoridades a cargo de impartir justicia. Y como mencioné antes, en el marco de la reforma del proceso penal, debemos ver cómo incorporar el punto de vista de los abogados que tenemos experiencia en la defensa de indígenas y cómo incluir algunos temas que beneficiarían la defensa de los indígenas.

Ponente: Israel Ochoa Lara

Abogado y profesor universitario. Presidente del bufete jurídico Asesoría Jurídica Popular. Miembro de la delegación de abogados que participó en la audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre la situación de los indígenas sujetos a procesos penales en Oaxaca, marzo de 2005.

Como introducción y teniendo en cuenta que aquí se encuentran presentes muchos defensores de oficio, quiero decir que, como parte de nuestra lucha por la defensa de los pueblos indígenas, también hemos defendido a los defensores de oficio y hemos expuesto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la dramática situación por la que éstos atraviesan y las dificultades que encuentran para la realización de sus labores, careciendo de recursos mínimos, del espacio suficiente y la infraestructura necesaria para realizar sus actividades cotidianas. Por esa razón, consideramos que el tratamiento que reciben por parte del estado es como si fueran la parte menos importante de los procesos penales.

Entrando al tema de mi presentación, quiero señalar que en nuestro trabajo de defensa de los pueblos indígenas, los principales asuntos que hemos venido trabajando han estado relacionados con: a) conflictos por tierras comunales y ejidales b) cuestiones político-electoral, es decir, por los derechos de los pueblos indígenas a ejercer su autonomía y darse las formas de gobierno de acuerdo con sus usos y costumbres, que la propia ley del estado de Oaxaca reconoce y, c) la defensa ante los tribunales penales de indígenas acusados de haber pertenecido a un grupo rebelde.

Los conflictos derivados de los derechos sobre la tierra y las cuestiones políticas tienen en muchos casos implicaciones penales para los miembros de las comunidades. Y aun cuando en México, y en Oaxaca en particular, no tenemos una ley antiterrorista, ni tenemos legalmente establecidos, como fue en el caso de Perú, jueces y testigos sin rostro, debemos decir que en la práctica éstos sí existen en Oaxaca. El Código Procesal Penal (CPP) establece claramente que las diligencias deben estar presididas por el juez, quien será asistido por su secretario o por

testigos de asistencia. Mas aun, el CPP establece que el juez deberá tomar personalmente los interrogatorios, las declaraciones y estar presente en los actos más importantes del proceso penal. Sin embargo, son muy pocos los casos en que hayamos visto que estas disposiciones se cumplan, y que el juez haya estado presente en las diligencias. Aunque la ley establece que el secretario judicial es quién dará fe de los actos procesales que se desarrollan en las diligencias, en la práctica, es él quién lleva todo el proceso y está presente en todas las diligencias. El juez, aun cuando por disposición legal debe tomar conocimiento directo de la situación jurídica del inculcado, casi nunca está presente. De ahí nuestra afirmación, de que en nuestro sistema jurídico también existen los “jueces sin rostro”.

Por otra parte, debido al uso y abuso que se hace de la fe pública del Ministerio Público (MP), muchas veces en los procesos penales nos encontramos con “testigos sin rostro”, pues muy frecuentemente los testigos dan nombres y domicilios falsos, y no proporcionan documentos para identificarse en las diligencias. Con ese tipo de actuaciones se consignan los expedientes, se libran las órdenes de aprehensión o se ejercita la acción penal. Este problema se detecta cuando se quiere interrogar a algún testigo o llevar a cabo un careo, pues resulta que no es posible citar a los testigos a las diligencias ya que se desconoce su paradero. Lo peor de todo es que, pese a que los testigos no comparecen a sostener su acusación o a ser interrogados, se puede condenar a una persona a una pena de 50 años o más en base a esa declaración. Un testigo bajo esas condiciones se convierte entonces en un “testigo sin rostro”.

En cuanto al tema de la defensa de la tierra, hasta antes de la llegada de los españoles, el territorio de los indígenas era comunal. Sin embargo, a partir de la conquista se empieza a gestar la

propiedad privada, y los indígenas son despojados paulatinamente de las tierras que originalmente tenían. El problema que se presenta actualmente es cuando los indígenas tratan de recuperar las tierras que, en base a sus usos y costumbres, creen que les pertenece y resultan penalizados porque incurren en algunos delitos, entre ellos el delito de despojo. Esta es una lucha que se da permanentemente en Oaxaca.

En cuanto a los derechos políticos, quiero mencionar que en muchos casos los usos y costumbres que ciertas comunidades usan para elegir a sus autoridades son en realidad los usos y costumbres del PRI para mantener en el poder a determinado sector y con eso eternizarse en el poder. Es frecuente que miembros de comunidades que protestan y exigen que se respete su derecho a elegir a sus propias autoridades en base a sus usos y costumbres terminen siendo detenidos y encarcelados, como fue el caso de San Juan Lalana, Oaxaca, en 2004. Los pobladores de esta comunidad exigieron el reconocimiento de la persona que ellos habían elegido como autoridad después de una elección en base a sus usos y costumbres, donde posteriormente se presentaron algunas irregularidades que llevaron a que se nombrara a la persona que no había sido elegida por ellos. La gente se incomodó y exigió que se respetara el nombramiento que ellos hicieron, pero el gobierno del estado no lo permitió, y en enero de 2005 la comunidad se declaró ayuntamiento popular indígena autónomo. El gobierno del estado convocó a una reunión y en el camino varios miembros de la comunidad fueron detenidos, imputándoseles diferentes delitos que no habían cometido. Esta es una de las formas que utiliza el gobierno para inculpar a la gente que muestra su inconformidad con las violaciones que se cometen a sus usos y costumbres.

Otro caso importante es el de Los Loxichas, donde también se cometieron un sinnúmero de irregularidades: en la mayoría de casos las personas fueron detenidas sin órdenes de aprehensión, muchas fueron torturadas, y, argumentando que no había juez disponible y que podían sustraerse

de la acción de la justicia, el MP expidió ordenes de detención. El propio Procurador de Justicia dio cuenta en la prensa de que se trató de un gran operativo policíaco y militar que utilizó más de 150 vehículos militares y de policía. Se detuvo a mucha gente de la región, la que en su mayoría fue torturada y golpeada con el fin de aterrorizarla, someter su voluntad y obligarla a declararse culpable ante el MP y a inculpar a otras personas, como vecinos, familiares, compadres o amigos.

Indígenas de una población fueron utilizados en contra de indígenas de otra población con el fin de enredar la defensa y dificultar la posibilidad de que se defendieran para evitar que salieran de la prisión. Por otra parte, en cada expediente, a los detenidos se les integró hasta por 12 delitos que iban desde terrorismo, conspiración, rebelión, robo, daño, robo de uso, privación ilegal de la libertad, asociación delictuosa, etcétera. Todos los indígenas detenidos fueron sometidos a tratos crueles e inhumanos y, en muchos casos, los defensores de oficio fueron utilizados para legitimar confesiones obtenidas con violencia; pues firmaron y legitimaron declaraciones en las que no estuvieron presente.

De los aproximadamente 150 detenidos que defendimos, logramos la libertad en 67 casos, y posteriormente, cuando el gobernador del estado decidió emitir una ley de amnistía, se obtuvo la libertad de la mayoría. Retomando la exposición de Jaime Madariaga, quiero decir que en la defensa de Los Loxichas fuimos obteniendo la libertad de los procesados usando únicamente las herramientas que nuestro sistema jurídico ofrece y empleando los mecanismos que la propia ley vigente permite. Por ejemplo, en muchos casos se declararon nulas las confesiones de algunos inculcados porque habían sido tomadas sin que hubiesen contado con un traductor o con un intérprete de la lengua zapoteca al español, lo que fue muy satisfactorio, pues habían aproximadamente quince presos en el penal de máxima seguridad de Almoloya, en la misma situación.

Desde 1996 a la fecha seguimos trabajando en

la defensa de los derechos tanto individuales como colectivos de los pueblos indígenas, y a través de la experiencia algo que hemos aprendido es la utilización de la denuncia pública ante las violaciones al debido proceso que se cometen en los procesos penales. Si bien es cierto que la denuncia pública no es un elemento decisivo para la obtención de una sentencia absolutoria, contribuye a sensibilizar a los juzgadores al momento de dictar una sentencia, máxime cuando se denuncia públicamente las irregularidades que se presentan en los procesos penales. En este sentido, la denuncia pública ha servido para sensibilizar también a la opinión pública. El mismo hecho de que ustedes conozcan asuntos como el de Los Loxichas u otros parecidos permite crear respaldo social y promover un mayor respeto de parte de la autoridad hacia

nuestro trabajo.

Es importante que en la defensa de casos de grupos vulnerables, como los indígenas, o no indígenas que sean grupos marginados, se recurra tanto a la defensa estrictamente jurídica, como a la denuncia pública ante grupos de derechos humanos tanto nacionales como internacionales, ante las comisiones estatales y nacionales de derechos humanos, y ante los órganos parte del Sistema Interamericano y del Sistema de Naciones Unidas con la finalidad de sensibilizar a la opinión pública y promover que los jueces analicen con mayor apego a la justicia los casos que tienen en sus manos, y no los vean fríamente con la rigidez que señalan los términos mínimos y máximos para la aplicación de las penas que establece la ley.

Conclusiones de las Mesas de Trabajo

Tema II: Experiencias Comparadas de Litigio en Defensa de Indígenas y Pueblos Indígenas

Uno de los principales problemas que sufren los indígenas sometidos a un proceso penal en Oaxaca es la falta de una defensa técnica adecuada. Muchas veces se prioriza la denuncia pública antes que la estrategia legal del caso, la que en muchos casos se basa más en la situación de vulnerabilidad del procesado que en criterios técnico-legales. Muchos abogados no conocen el contexto político-social de los hechos denunciados y mucho menos la realidad particular y el idioma de la persona que están representando.

Por otro lado, no se utilizan los instrumentos y mecanismos que el propio derecho –tanto estatal como federal– ofrece para eximir o atenuar la responsabilidad penal, y hay una falta de iniciativa por parte de jueces y abogados para invocar estos mecanismos. La legislación internacional así como los sistemas internacionales de protección de derechos humanos están poco difundidos y su uso también es escaso. Para ir más allá de la crítica y plantear soluciones concretas, la Mesa II se planteó la siguiente pregunta:

¿Qué estrategias se podrían utilizar para mejorar la capacidad de litigio de los abogados en defensa de indígenas?

Las principales respuestas fueron las siguientes:

- Los abogados que brindan asesoría legal a indígenas deberían contar con información relevante acerca de los pueblos indígenas

del estado y deberían profundizar en el contexto socio-político particular en el que se dieron los hechos denunciados, con el apoyo de sociólogos y antropólogos.

- Los defensores tanto de oficio como particulares deberían capacitarse sobre las herramientas que ofrece el derecho, en particular el derecho penal general, que permiten al juez tomar en cuenta las diferencias culturales al momento de decidir la imposición de una sanción y su ejecución.
- Se deben usar todos los instrumentos que la legislación tanto federal como estatal ofrece para mejorar la calidad de la defensa legal de indígenas, incluyendo el uso de peritajes antropológicos.
- Se debería crear un Centro de Estudios Indígenas en Oaxaca que reúna a expertos en la materia y que promueva el análisis y la reflexión sobre la problemática indígena en el estado.
- Se debe promover la plena implementación y uso por parte de los jueces de los instrumentos internacionales. Estos también deben ser invocados por los abogados defensores.

TEMA III

Derecho Indígena y Derecho Oficial: Principales Problemas y Algunas Pautas de Coordinación para Oaxaca

Ponente: Esther Sánchez

Antropóloga y profesora universitaria. Ha sido perito en casos relacionados con pueblos indígenas ante diferentes instancias judiciales y ha contribuido a lograr cambios constitucionales y jurisprudenciales a favor de los pueblos indígenas en Colombia.

En primer lugar, quiero mostrar la realidad de Colombia respecto de los pueblos indígenas. En 1970, un juez de la República de Colombia consideró no responsables a colonos, hombres de una zona de Colombia que se llama Los Llanos, que salieron a cazar indígenas, invocando que ellos no sabían que los indígenas eran seres humanos. Ese juez colombiano consideró no responsables a quienes adujeron que no sabían que cazar indígenas era algo antijurídico porque no sabían que los indígenas eran seres humanos. En 1977, sólo siete años después de este suceso aberrante, la Suprema Corte de Justicia de Colombia se debatía entre dos tipos de magistrados: los que creían que los indígenas sí eran inteligentes y los que creían que los indígenas no tenían inteligencia. Ese era el contexto que se vivía en los años 70 cuando se empieza a implementar una política de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, contexto que partía de una visión completamente racista, despreciativa, una visión de desconocimiento del otro. Sin embargo, 40 años después, algo ha pasado en Colombia para que éste país tenga realmente una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, construida gracias al trabajo de los pueblos indígenas y gracias a intelectuales no indígenas que creyeron que era posible hacer un cambio.

Pensando en México, considero que lo primero que tenemos que hacer es creer en la posibilidad de ver un día, estando vivos, un cambio en nuestro país, un cambio de visión, un cambio

en el grupo de amigos con los que nos reunimos. Si hace 40 años en Colombia hubiésemos negado la posibilidad de una Suprema Corte distinta a aquella Corte tan absurda que pensaba que los indígenas no tenían inteligencia o la posibilidad de contar con jueces distintos a los que fallaban en su contra aduciendo la inexistencia del concepto de ser humano en los pueblos indígenas, no habríamos tenido la oportunidad de vivir en nuestra propia vida la posibilidad de un cambio. Estos conflictos que se presentaban entre órdenes socioculturales distintos muestran un pasado que se modificó a partir de los cinco grandes cambios constitucionales que se registraron en 1991 y que dieron pie a otra situación.

El primer gran cambio constitucional fue el paso de un “Estado de Derecho” a un “Estado Social de Derecho”. ¿Qué significa la frase “Estado Social de Derecho”? En realidad, los constituyentes partieron de la premisa que los colombianos no eran iguales ante la ley. Sólo para darles datos reales que muestran esta diferencia: podemos decir que por cada mil nacimientos, en Colombia morían 25 niños, en Cuba ocho niños, en Estados Unidos nueve, y entre los *paeces* –el pueblo indígena más numeroso de Colombia– por cada mil nacimientos morían 268 niños. Esto significaba que algo pasaba en Colombia para que existiera esa desigualdad tan grande. Sin embargo, formalmente nuestra Constitución planteaba la igualdad de los colombianos ante la ley. En ese sentido, la frase “Estado Social de Derecho”, que modifica

al “Estado de Derecho” en que todos éramos iguales, significó la necesidad del Estado de partir de una desigualdad real para configurar una igualdad real. ¿Qué tiene que hacer el Estado para que por lo menos los *paez* alcancen un índice de mortalidad infantil igual al de todos los colombianos? ¿Qué programas de salud o de educación tendrá que incorporar?

El segundo gran cambio constitucional en Colombia consiste en reconocer que no solamente existía un sujeto individual de derecho sino también un sujeto colectivo de derecho. En realidad, toda la Constitución Política de Colombia se centraba en el individuo, un sujeto individual que es libre y racional y que puede hacer lo que quiera: elegir su religión, su forma de vestirse, etc. Sin embargo, la realidad demostraba que además de este sujeto individual existía un sujeto colectivo configurado esencialmente por una perspectiva que superaba la visión individualista. Ese sujeto individual tiene derechos y el Estado colombiano lo protege; a este sujeto colectivo de derecho, el Estado colombiano también tiene la obligación de protegerlo en cuanto tenga las mismas condiciones que tiene el sujeto individual. Es decir, así como el Estado le protege al sujeto individual el derecho a la vida, el Estado tiene el deber de proteger el derecho a la vida de un pueblo indígena; así como protege la integridad del cuerpo de un sujeto individual, el Estado tiene el deber de proteger la integridad de ese sujeto colectivo. Este sujeto colectivo tiene un nombre: el pueblo *paez* en Colombia, el pueblo *zapoteco* de México, etcétera. Cada pueblo tiene derecho a una personalidad distinta, a una religión distinta, a un sistema económico distinto, una forma de ser niño distinta, a una visión de género distinta, y el Estado tiene el deber de proteger esas diferentes personalidades, religiones y formas de vivir.

En tercer lugar, después del reconocimiento de un Estado Social de Derecho, de un sujeto colectivo de derecho que no existía en la Constitución de 1986, encontramos un tercer gran elemento, que es que Colombia pasa de ser un estado monocultural a ser un estado multicultural

y pluriétnico, terminando con el estado monocultural que luchaba para que todos los colombianos tuviéramos un solo dios (el dios de los católicos), una sola lengua (el castellano), una sola perspectiva de higiene, de vivienda, de economía, etcétera. Frente a las diferencias existentes en la sociedad, el Estado se impuso monoculturalmente para imponer los valores de la sociedad occidental, del catolicismo, de la propiedad privada, de una concepción de familia, de una sola forma de suceder los bienes, etcétera, desconociendo las distintas sociedades que coexistían en Colombia y sus distintas formas de ver estos mismos temas. Frente a ellas, el Estado fue penetrando con un sistema religioso, con un sistema económico, y obviamente con el castellano. Sin embargo, ¿qué pasó? algunos pueblos fueron mucho más permeables al momento de recibir los valores del Estado y otros pueblos fueron mucho más fuertes en proteger sus valores, perspectiva y visiones del mundo.

El paso de un sistema monocultural a uno multicultural y pluriétnico significó dos cosas: que estas sociedades diferentes, minorías étnicas que están dispersas en cuatro grupos —los afro descendientes, los indígenas, los raizales de San Andrés, Santa Catalina y Providencia (islas en el Atlántico) y los gitanos— tengan una presencia estatal diferenciada. Pero el mayor impacto de ese reconocimiento es que ahora tanto la sociedad minoritaria como la mayoritaria valen lo mismo. No vale más la religión católica que la religión del pueblo *cubeo*, no vale más la organización social de la sociedad mayoritaria que la organización social del pueblo *ingá* o del pueblo *wayú* (en Colombia existen 94 pueblos indígenas que hablan 65 lenguas distintas).

El cuarto elemento considera que si existe un sujeto distinto a la mayoría, que tiene una personalidad, una organización social, una organización política, un sistema de derecho diferenciado, entonces el Estado debe darle un tratamiento distinto. Por lo tanto, el Estado desarrolla 16 artículos constitucionales para darle a estos sujetos distintos un trato distinto. En primer lugar, la valoración de su condición de pueblo distinto:

el Estado valora esas diferencias y lo lleva a ser cada día más consecuente con esa valoración. En segundo lugar, el Estado reconoce que hay pueblos que hablan otra lengua, y entonces esas lenguas van a ser oficiales en su territorio. Se reconoce también que el Estado puso a esos pueblos en una situación de fragilidad tal que difícilmente algún miembro de dichos pueblos podría acceder al Senado de la República sino es por el uso de acciones afirmativas, para lo cual se crea una circunscripción electoral especial. En tercer lugar, se reconoce que estos pueblos se rigen por sistemas jurídicos propios, que no usan las mismas categorías del sistema estatal, por lo que se reconoce una jurisdicción especial indígena. Los indígenas no prestan servicio militar en Colombia. Asimismo, se reconocen sus territorios como si fueran municipios, y por lo tanto se les transfieren recursos económicos para que cada pueblo los destine a lo que considere necesario, según su propia visión y perspectiva de desarrollo.

Finalmente, el quinto gran elemento es la introducción del amparo o tutela, que en Colombia no existía hasta el 1991, con lo cual un sujeto individual puede demandar que se le protejan derechos fundamentales, pero también un sujeto colectivo puede interponer una acción de tutela para que se le protejan derechos fundamentales.

Esta infraestructura constitucional comienza a configurar una política de estado que se traduce en acciones, como por ejemplo: ¿Qué tiene que hacer el Ministerio de Salud para proteger a un sujeto distinto en sus programas de salud, o qué tiene que plantearse el Ministro de Salud para diseñar un servicio de salud desde una perspectiva multicultural? De igual forma: ¿Qué tiene que hacer el Ministerio de Educación o el Ministerio de Justicia para fortalecer a la población étnica cultural? Se va configurando en todas las instituciones la obligatoriedad de hacer unos ajustes para que sea verdad lo planteado por la Constitución del estado multiétnico, multicultural, participativo: el Estado Social de Derecho que redundará en cambios en la vida cotidiana de

las instituciones y cambios en la vida cotidiana de las personas.

¿Y qué pasó con la jurisdicción indígena? Cada pueblo indígena tiene un derecho propio que tiene tres grandes partes. Una primera parte es la organización de la vida social, es decir, cómo le suceden los bienes a sus hijos, cómo organizan el tiempo de cosecha o de siembra, cómo definen el sistema de cargos, cómo celebran cuestiones religiosas, etcétera. Otro gran campo tiene que ver con lo público, lo que es de todos, como por ejemplo, qué hacemos con el uso del agua o con el bosque, cómo nos organizamos para manejar adecuadamente la tierra. Pero hay un área que tiene que ver con la liquidación de conflictos, lo que llamamos justicia o ámbito jurisdiccional, en el cual hay autoridades que tienen procedimientos y principios que aplican en su ámbito territorial para liquidar conflictos, como por ejemplo, cuando un padre no da alimentación a sus hijos, un problema de linderos, el uso inadecuado del agua, o un problema de usurpación de cargo.

Cuando hablamos de un conflicto entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria o nacional, una de las dos prima. Un indígena que tiene una jurisdicción especial, como colombiano no puede sacar un conflicto a la jurisdicción ordinaria, y también, como miembro del mundo, podría sacarlo a una jurisdicción internacional. Normalmente, cuando se saca un caso a la jurisdicción ordinaria, se corre el riesgo de que sea resuelto sin tomar en cuenta la diversidad étnica y cultural de las personas involucradas. Ese es el riesgo.

En Colombia se le dio a los pueblos indígenas jurisdicción especial plena en todas las materias—incluyendo casos contra la vida, integridad, libertad sexual, patrimonio, etcétera— y hay varias sentencias de tribunales nacionales que ratifican esto y que se preguntan, ¿cómo es posible que una autoridad indígena pueda solucionar un conflicto de pastos, o un conflicto de un padre borracho, pero no pueda resolver casos relati-

vos a lo más sagrado de cada pueblo que es su vida, la vida de su gente?

Recordemos que en el siglo XVIII en toda América Latina el derecho estatal buscó imponerse sobre cada uno de los pueblos. Entonces se les decía, “cada vez que ustedes tengan un casito grave, por favor, sáquenlo aquí al derecho estatal y nosotros se lo resolvemos”. Hubo muchos pueblos obedientes que hicieron eso pero otros no, que siguieron resolviendo sus problemitas o sus grandes problemas al interior de la comunidad y en este sentido encontramos unos pueblos que tienen un sistema de derecho más permeado por el derecho estatal y unos menos permeado por el derecho estatal.

En Colombia, la introducción del derecho estatal en la vida de los pueblos indígenas los vació en buena medida de sus normas y procedimientos propios, y lo que pasó es que las normas y procedimientos del derecho estatal se convirtieron en sus propias normas y sus procedimientos. Yo siempre digo que el derecho es como el jugo verde: perejil, piña, apio, nopal y naranja, pero finalmente se llama jugo verde y tendríamos que hacer un procedimiento químico para ver qué tiene de naranja, de perejil, de piña, etcétera, pero ustedes consumen una cosa que se llama jugo verde. Estos “derechos” que han tomado elementos del derecho romano, del norteamericano, del derecho español, del derecho francés o de un derecho propio, no significa un derecho compuesto de distintos elementos, sino que es como el jugo verde: no es menos ni más derecho indígena por haber sido alimentado de distintas fuentes. Estas categorías están en las mentes de los intelectuales que examinan el derecho con lupa como si fuera jugo verde: cuánto tiene de perejil, cuánto de nopal, etcétera, cuando realmente se trata de una unidad solidificada bien revuelta que tiene sentido, que se incorpora, que se consume.

Este proceso de relacionamiento entre la jurisdicción indígena de Colombia y la jurisdicción ordinaria tiene varios temas que quiero mencionar. Primero, la ley señala que las autoridades de

los pueblos indígenas podrán ejercer cuestiones jurisdiccionales en el ámbito de su territorio siempre y cuando no contravengan la Constitución y la ley de acuerdo a sus normas y procedimientos. Pero, quienes pueden ser autoridades? En ocasiones llega un indígena que no habla castellano, no tiene zapatos, no se ha bañado, y el juez dice: “¿Cómo este hombre puede ser miembro de la rama judicial colombiana? ¿cómo va a poder resolver un caso de asesinato?” El piensa que es un sujeto despreciable porque es distinto a él y realmente no sabe que puede ser una autoridad que tenga el conocimiento de las normas y los procedimientos, y que sea altamente reconocido y valorado por su comunidad, razón por la cual está de autoridad. Por otro lado, la ley dice que “podrán ejercer cuestiones jurisdiccionales...”. Y es que en ocasiones, una autoridad de la jurisdicción especial saca su caso a la jurisdicción ordinaria porque considera que, de lo contrario, habría un derramamiento de sangre. Entonces, acude a la autoridad y le dice juzgue usted, necesito su apoyo, y la autoridad lo apoya y juzga su caso.

Es muy difícil para muchos de nosotros comprender las normas y procedimientos utilizados por los pueblos indígenas para resolver sus conflictos por la complejidad que encierra que un sujeto formal, en sus categorías formales, pueda entender una realidad cuya lógica desborda su propia lógica. En Colombia hay más de 100 sentencias de la Corte Constitucional que muestran el conflicto que se ha presentado y cómo se ha resuelto. Estas sentencias como tendencia muestran el reconocimiento a esos otros sistemas de derecho y el reconocimiento y valoración de esos sistemas, y por lo tanto las sentencias han fallado reconociendo formas de sanción inexistentes en el derecho estatal, formas de manifestación del debido proceso que nada tienen que ver con el derecho estatal. Para eso se ha configurado una hermenéutica jurídica establecida por la Corte Constitucional que tiene básicamente cinco procedimientos:

- examinar la constitucionalidad del caso;
- examinar si se vulneran mínimos jurídicos;

- examinar si este caso es igual a otro caso y por qué es distinto;
- examinar la proporcionalidad de una decisión sobre un sujeto individual en detrimento de un sujeto colectivo; y finalmente,
- examinar si la decisión configura una aplicación edificante del derecho estatal que realmente coincide o fortalece los principios constitucionales que se quisieron imponer.

Lo que quiero mostrar es que no es posible una coordinación, un entendimiento, mientras yo me aproxime a ese otro sujeto, a esa otra realidad, exclusivamente con mis categorías. Si existe posibilidad de un diálogo, de un intercambio intercultural, de un pluralismo jurídico que significa el reconocimiento de otros derechos, de otra realidad, necesariamente tengo que meterme en las categorías del otro para poder interactuar.

Finalmente, los indígenas pueden verse muy bien protegidos por abogados que dentro del sistema ordinario de derecho tienen la capacidad de proteger situaciones que salen a la jurisdicción ordinaria, pero además, tienen que tener la capacidad para devolver casos que no requieren que se solucionen acá en el sistema estatal

sino al interior de los pueblos indígenas. Únicamente lo que no se pueda resolver en los pueblos indígenas debería salir a la jurisdicción ordinaria. Así como un indígena puede ir a un hospital para una operación de corazón abierto porque no existe la infraestructura en su pueblo, de igual manera es lógico que la jurisdicción estatal este preparada para recibir los casos que no tienen salida dentro de la jurisdicción indígena, pero no es lógico que aquí en la jurisdicción oficial se demoren años en juzgar un caso que podría ser resuelto por las autoridades de los pueblos indígenas.

Termino con una frase: “El pájaro no vuela porque tiene alas sino porque quiere”. Lo que necesitamos es entender que tenemos alas y queremos construir una sociedad en la cual los derechos propios puedan ser manejados por autoridades que tengan competencia, capacidad e inteligencia; es solamente que se mueven de manera distinta. Proteger y valorar eso implica posiciones personales e institucionales que marquen una diferencia con lo que ha venido sucediendo.

Ponente: Eduardo Martínez Loyola

Subdirector de Asuntos Penales de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

Uno de los problemas más serios que enfrenta nuestro país es la limitación que los operadores de justicia en México tienen para abordar las expresiones de las diferencias culturales. El derecho indígena normalmente se ubica en un plano de subordinación con respecto al derecho estatal. Al respecto existen varios ejemplos; uno de ellos es la manera como se ha positivizado el derecho propio en Quintana Roo, con un corte de derecho occidental que lo cercena y limita sus particularidades. En 1997, la legislatura de esta entidad federativa aprobó la Ley de Justicia Indígena y definió qué es la justicia indígena, pero desde categorías que no necesariamente coinciden con lo que el pueblo maya entiende y vive como justicia.

Lo mismo sucede en Chiapas y Campeche, donde se reconoce ese derecho indígena, y donde el discurso oficial señala que hay tal entendimiento que prácticamente no existe ninguna divergencia entre estas dos manifestaciones del derecho. Lo cierto es que en la realidad siguen existiendo divergencias, por lo que es necesario buscar las alternativas que en principio el derecho nacional nos da para atender a los indígenas que se enfrentan al aparato de justicia ordinario.

El orden jurídico nacional de México tiene en sí una “pretensión de reconocimiento”, pero con muchas limitaciones. No podemos negar que el artículo segundo constitucional carece de aspectos básicos que parte de la historia reciente de nuestro país señalan como importantes para poder reconocer de manera plena la diversidad cultural en nuestro país. Y, aun cuando ese orden jurídico reconoce el derecho indígena y plantea acciones concretas que el poder judicial y los operadores del sistema tienen que cumplir, se sigue dando una constante violación a derechos básicos cuando las personas indígenas se enfrentan al sistema de justicia. En ese sentido, me voy a referir a dos aspectos importantes: en primer lugar, el traductor. El idioma sigue siendo una barrera que hasta hoy no se ha po-

didado superar. ¿Cómo aspirar a que dentro del sistema de justicia se respete este derecho básico?, cuando el mismo Instituto Nacional de Lenguas Indígenas denunció públicamente que en Campeche e Hidalgo, en escuelas del sistema de educación pública, prohíben a los menores indígenas expresarse en su propio idioma. Y además de prohibirlo, tienen un sistema de represión interna, y a aquellos menores que hablan en su idioma se les impone una multa de un peso. Aun cuando es una cantidad que no resulta excesiva, el impacto que esto genera verdaderamente es adverso.

Un segundo aspecto importante es el sistema de defensa pública, cuya legislación no plantea acciones de fondo para atender a la población indígena que se enfrenta al sistema de justicia, y que tiene un esquema de atención que generalmente está muy por detrás de lo que exige esta nación pluricultural. El Instituto Federal de la Defensoría Pública en México reconoció que sólo tiene tres abogados que pueden cumplir con las características necesarias que la Constitución señala para poder defender a los indígenas; es decir, sólo tres dominan la lengua y cultura indígena. Si esta proporción la comparamos con la población indígena que está privada de su libertad en México, que es de aproximadamente 7,500 personas, y que representa aproximadamente el 4 por ciento del total nacional de encarcelados, evidentemente hay una violación a las garantías constitucionales y por lo tanto, no podemos reconocer que en México se respeta el Estado de Derecho. A pesar de los esfuerzos por parte del poder legislativo para avanzar en esta materia, cada vez es más evidente el rezago en el ámbito institucional. No hay capacidad institucional para responder a las exigencias de la pluriculturalidad en México.

¿Cuáles son las características de los operadores de justicia en este país? Están formados a partir de una lógica que les impone la visión de una sola cultura. Recientemente, un defensor públi-

co ofreció ante un juez federal, entre otras pruebas, un peritaje cultural para determinar la identidad indígena de una persona, en clara contradicción con lo que establece el Convenio 169 y la Constitución, que dicen que no hay necesidad de documento alguno para que el juez determine la identidad cultural. Pero lo peor fue que el abogado de oficio planteó que a través del peritaje cultural se determine si la capacidad intelectual del indígena le posibilita entender el alcance de la ley y los alcances de su conducta con respecto a la ley, y en todo caso que se dijera si su capacidad intelectual era retardada o subdesarrollada. Esto no se daría si los operadores asumieran que vivimos en un estado pluricultural con expresiones culturales diversas, y para esto, no basta con que la Constitución lo diga, sino que es necesario cambiar la visión y las prácticas culturales. Una propuesta para superar estos problemas es la creación de un cuerpo de peritos traductores o culturales que estén integrados a la estructura del aparato de justicia pero con independencia y autonomía de funciones, es decir, que no estén sujetos a la determinación o influencia de un superior jerárquico, como en el caso del MP, la Policía Ministerial, o los médicos legistas.

Existen experiencias recientes que surgieron desde la lógica y visión de abogados interesados en materia indígena quienes han invertido tiempo y recursos para construir escenarios que pueden dar una solución a este tipo de situaciones. Hace tres años en Chihuahua, una madre salió con su hijos de su lugar de origen hacia la capital, donde ella y su menor hijo fueron atropellados, y el menor falleció. El sistema de justicia se puso en marcha y el peritaje concluyó que el menor y su madre no tuvieron el cuidado debido para cruzar la calle. Posteriormente, un grupo de abogados interesados en el caso trataron por la vía legal de revertir el resultado pericial, pero esto no fue posible. Los abogados de la contraparte accedieron a que el responsable del atropello fuera juzgado en el ámbito de la comunidad de donde la señora era originaria. Fue un caso muy complejo, porque una parte de la comunidad culpaba a la mujer el hecho de

haberse ido a la capital. Entonces se convoca una asamblea, y siguiendo sus propias formas de organización se determinó que lo único que el responsable tenía que hacer era ofrecer una disculpa y cubrir una cantidad en dinero por ese suceso. Pero producto de la arrogancia, este sujeto no estuvo dispuesto a dar la disculpa, y cuando hubo divergencia respecto del monto de la eventual reparación del daño, se retiraron el responsable del accidente y sus abogados.

Este caso muestra las dificultades que pueden existir para llegar a puntos de entendimiento entre las dos formas de justicia. En todo caso, lo que se debe hacer es analizar la diversidad cultural, especialmente cuando está reñida con las normas que nos rigen, desde una perspectiva de respeto recíproco y de igualdad entre las diversas expresiones de lo que es hacer justicia. Un ejemplo más dentro de esta problemática es cómo enfrenta el Estado la intolerancia religiosa. Aun cuando hay una ley en la materia en la cual se establecen soluciones para este tipo de conflictos, se tendría que recurrir a los usos y costumbres como lo establece la Ley de Asociaciones Religiosas. En otro caso, en Jalisco, se expulsó a integrantes de una comunidad *huichol* donde se generó una divergencia dentro de la comunidad. Intervino la autoridad, y las palabras textuales del Secretario de Desarrollo Humano del gobierno de Jalisco, dirigiéndose a 70 expulsados, fueron: “crean en lo que gusten, pero no lo expresen socialmente mediante conductas que contradigan los valores ancestrales y tradicionales. Si cambian de creencias, asuman las consecuencias que su rebeldía les ocasione”.

Cuando estas experiencias son dichos por alguien que oficialmente tiene que buscar una solución en este tipo de conflictos, lo único que genera es profundizar las heridas y demostrar la incapacidad que hay para encontrar un camino para el entendimiento.

En nuestro país sigue habiendo una contradicción en las normas vigentes. Por un lado, la Constitución reconoce el derecho a la diversidad cultural; empero, en materia como la penal,

siguen existiendo conceptos como “el atraso cultural”. Lo importante es buscar un sistema de justicia que, bajo las condiciones que hoy priman en nuestro país, pueda reconocer este tipo de expresiones distintas y analizarlas de tal manera que la imposición de las sanciones puedan ajustarse a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT en cuanto a la búsqueda de sanciones alternativas, pero también a encontrar argumentaciones jurídicas que sean coherentes con esta realidad pluricultural. No es posible entender cómo hay todavía juzgadores que por un lado reconocen las expresiones de la diferencia cultural a partir de un peritaje y por otro, para determinar la sanción equiparan la diferencia cultural al “vicio psicológico”. Cuando en materia penal se ofrece como prueba un peritaje cultural, hay juzgados que no los han admitido aduciendo que esto significaría reconocer que los indígenas tienen leyes especiales y eso atentaría contra la Constitución. Este tipo de expresiones se siguen encontrando hoy en día en las resoluciones judiciales que se emiten en México.

En cuanto al escenario penitenciario en México, en 2003 hubo una reforma a la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados. Con esta reforma, los legisladores se atrevieron a plantear que, para efectos de que se ejecute la sanción penal y se pueda aplicar el beneficio de la libertad anticipada, tendrán que valorarse los usos y costumbres de los pueblos indígenas. Habría que preguntarnos, ¿qué podría hacer el poder ejecutivo como autoridad ejecutora de las sanciones penales para valorar conductas que jurisdiccionalmente ya se encuentran resueltas y sancionadas?

Finalmente, ¿cuáles serían las pautas de coordinación necesarias entre ambos sistemas? Primero es necesario revisar de manera rigurosa el orden jurídico nacional mexicano para evitar las contradicciones entre las normas ya existentes, y examinar por ejemplo el concepto de “atraso cultural”. Asimismo, se debe promover que los asuntos vinculados al orden indígena no salgan de sus comunidades y evitar que lleguen a los tribunales formales; pues, esos tribunales formales no respetarán la diversidad cultural.

Ponente: Heriberto Antonio García

Director del Área de Derechos Humanos de la Procuraduría General de Justicia de Oaxaca. Ex Director de Quejas de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca.

Hasta antes de la reforma constitucional de 1992, el Estado mexicano se negó sistemáticamente a reconocer la existencia, cuando menos formalmente, de comunidades indígenas en nuestro país, de la pluriethnicidad y, desde luego, la existencia de un ordenamiento jurídico distinto al derecho positivo. Ello es así porque en un principio se consideró la unidad como base del Estado mexicano y se pensaba que reconocer la existencia de diversas etnias o culturas podría resquebrajar este concepto de unidad.

Sin embargo, más adelante se tuvo que reconocer que al lado de este derecho vigente existía una legislación consuetudinaria o un derecho consuetudinario, y es a partir de 1992 que en la Constitución Federal se reconoce la composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas. También se reconoce que estas comunidades indígenas tienen el derecho de aplicar sus propios sistemas normativos de regulación y solución de conflictos internos, desde luego sujetos a la Constitución Federal, al respeto de los derechos humanos y a las garantías individuales, y se hace especial énfasis en el respeto a la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá ya los casos y los procedimientos de validación por los jueces y tribunales.

Ahora, si bien la referencia obligada es la Constitución Federal, antes de ella existía en el estado de Oaxaca una ley, que es precisamente la Constitución del estado de Oaxaca. Antes de esta reforma constitucional, Oaxaca ya reconocía el carácter pluriétnico de sus habitantes, así como lo hacían también otros estados como Guerrero, Chiapas, Hidalgo y Querétaro. Estos cinco estados, antes de la reforma constitucional federal, ya habían hablado en sus constituciones locales sobre estos derechos. Después de las reformas de 1992, se incorporaron otros estados más como San Luis Potosí, como Sonora, Vera-

cruz, Nayarit, para hacer la reincorporación correspondiente del reconocimiento de las comunidades indígenas, del derecho de ellos y de sus propios sistemas normativos.

Una tercera etapa viene después de 1994 con la aparición del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), hecho que provoca que otros estados adicionen este tema en sus constituciones. Tal es el caso de Jalisco y Durango en 1994, Chihuahua en el mismo año, y el estado de México en 1995, y después de los acuerdos de San Andrés Larraiza, se incorporaron otros estados como Campeche en 1996, y Quintana Roo y Michoacán en 1997. Cabe enfatizar que Oaxaca es el primer estado que reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, expresado como autonomía, lo que implicó el reconocimiento de sus formas de organización social, política y de gobierno, así como sus sistemas normativos internos.

Ahora bien, ¿cuáles serían estas facultades legislativas y reconocimiento de derechos en materia indígena que hacen estos ordenamientos jurídicos? En materia política se plantea el reconocimiento de formas de organización interna de pueblos y comunidades indígenas y también de formas de elección de autoridades municipales vía usos y costumbres, tratándose de municipios con presencia indígena mayoritaria (como sabemos, en Oaxaca la gran mayoría de municipios elige bajo el sistema de usos y costumbres); el establecimiento de mecanismos legales que faciliten la asociación de municipios para atender los problemas comunes; la representación indígena en los congresos locales; y el establecimiento de mecanismos que garanticen la consulta a los pueblos indígenas cuando se pretendan instrumentar medidas susceptibles de afectarles. Ahora bien, es necesario ahondar en los siguientes tres aspectos: el acceso a la justicia, la procuración e impartición de justicia, y la imposición de penas en los pueblos indígenas.

Respecto al primero de ellos —el acceso a la justicia— son garantías procesales: la asistencia de intérprete o traductor cuando el inculpado, el ofendido, los testigos o peritos no entiendan o no hablen el idioma castellano; el establecimiento de peritajes culturales como elementos de prueba en todo proceso judicial o administrativo; y, el reconocimiento de sistemas normativos a través de los cuales los pueblos indígenas resuelven algunos conflictos.

En materia de procuración e impartición de justicia, son garantías el reconocimiento de jurisdicción a las autoridades indígenas y auxiliares, el establecimiento de competencias claras a esas autoridades tradicionales, y tomar en cuenta los usos, costumbres, cosmovisión y características de los indígenas como parte de cualquier proceso judicial y administrativo.

Ya decíamos que la reforma constitucional en el estado de Oaxaca daría origen a una ley, considerada por muchos una ley bastante adelantada, que es la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, la que indudablemente tiene algunas dificultades de aplicación y es perfectible, pero que constituye un antecedente importante a partir del cual se puede trabajar para hacer realidad estos principios y derechos en la vida de los indígenas.

En cuanto al artículo 28 de esta ley, que reconoce la existencia de los sistemas normativos indígenas, encontramos algunos problemas de aplicación. Efectivamente, se reconoce la existencia de sistemas normativos internos de pueblos y comunidades indígenas, con características propias y específicas de cada pueblo, comunidad, y municipio basados en sus tradiciones ancestrales que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias. Por lo tanto, en el estado de Oaxaca, dichos sistemas normativos se consideran actualmente vigentes y en uso. Sin embargo, ¿cuál es la limitación para que en un estado prevalezca este sistema normativo interno? Este sistema normativo no debe contravenir la constitución

política del estado, las leyes estatales, ni vulnerar los derechos humanos. En realidad, en varios de los casos presentados, sí existen violaciones a los derechos humanos en la aplicación de este derecho indígena.

En lo relativo a la forma en que debe resolverse este conflicto, debemos mencionar reformas importantes a nivel del Código Civil del estado. Por ejemplo, el artículo 9 del Código Civil establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario. Sin embargo, esta disposición fue reformada en 2001 para dar vigencia a otra disposición en la que se hace una alusión clara a los indígenas:

La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban; o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan, siempre que no se trate de leyes que afecten al interés público. (Art. 20, Código Civil de Oaxaca, reformado por Decreto 291, 2001.)

Esto implica un cambio en la concepción del estado en lo relativo a los pueblos indígenas: ya no se exige una aplicación de la ley sin excepciones, aun cuando la desconocieren. Ahora hay un poco más de flexibilidad para el juzgador en la aplicación de la ley.

¿Cuál es el impacto de esta reforma? En materia penal, el artículo 38 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas señala que: “Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas procurarán y administrarán justicia, aplicando sus sistemas normativos internos en los casos y de acuerdo con las formalidades que se prescriben a continuación....” El problema que encontramos aquí es que se dan facultades a las autoridades comunitarias para administrar justicia e imponer algunas sanciones, pero, en materia de derecho positivo, el artículo 21 de la Constitución de Oaxaca, es un obstáculo insalvable a la aplica-

ción de este tipo de justicia, pues señala que “la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial”. En cuanto a la investigación de los delitos: sí, se puede facultar a otras autoridades como auxiliares, no solamente al MP sino también a los síndicos municipales.

¿En qué casos las autoridades indígenas pueden ejercer jurisdicción? De acuerdo al mismo artículo 38, I, (a), las autoridades indígenas comunitarias ejercerán jurisdicción cuando ambas partes del conflicto sean indígenas o pertenezcan a un pueblo o a pueblos diferentes pero indígenas. Cuando en un conflicto intervengan como partes un indígena y un no indígena, el infractor, tratándose de un asunto penal, o el demandante, si es asunto de naturaleza diversa a la penal, podrá elegir la autoridad a la que se someterá la controversia. Y en cuanto a la penalidad, el inciso I (b) del mismo artículo 38 señala el segundo requisito para el ejercicio de la jurisdicción indígena: que la materia de las controversias verse sobre delitos que estén sancionados en el Código Penal del estado de Oaxaca con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión. En estos casos, las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial. Las audiencias serán públicas, el infractor y el demandado serán oídos; no se podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo, la detención no excederá de 48 horas por un probable delito; quedan prohibidas la incomunicación y la tortura; la resolución se asentará por escrito, contendrá las razones y motivos de la misma, así mismo las sanciones que se impongan; y en ningún caso atentará contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales establecidas en la Constitución mexicana.

Por otra parte, en el Código de Procedimientos Penales (CPP) del estado, no se reconoce la posibilidad de delegar estos asuntos de menor cuantía a las autoridades comunitarias. Se podrá decir que si lo establece la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, pudiera tener aplicación; sin embargo, el problema es

que desde el artículo primero se señala que esta ley es supletoria de la siguiente manera: “La presente ley regirá supletoriamente en materia de derechos y obligaciones de los pueblos y comunidades indígenas...”. Se sigue, entonces, que es en realidad difícil que las comunidades indígenas basadas exclusivamente en esta ley puedan administrar justicia en ambos ámbitos, tanto de la procuración como de la administración de justicia. Con lo anterior me refiero a la dificultad legal; pues en la práctica, sabemos qué se hace.

El proyecto de nuevo CPP para el estado de Oaxaca que ha realizado el Tribunal Superior de Justicia del estado en coordinación con la Procuraduría General de Justicia, lleva a cabo alguna revisión de este tema. El artículo 417 hace alusión a los pueblos o comunidades indígenas y establece que:

Quando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de algunos de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o en su caso sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, se declarará la extinción de la acción penal.

En este proyecto, hay un reconocimiento de las comunidades indígenas y de sus sistemas normativos con la finalidad de hacer realidad la vigencia de estos sistemas al lado del derecho vigente. Si se aprobara este código o cuando menos se hiciera una reforma o una adición a nuestro código procesal actual, dando la facultad a las comunidades indígenas para resolver algunos conflictos que se presenten en sus comunidades, entonces cualquier miembro de la comunidad indígena podría solicitar que así se declare ante el juez competente. Ahora bien, los delitos muy graves se excluyen en esta solución de conflictos, como los casos de homicidio doloso, violación, violencia intrafamiliar, delitos cometidos contra menores de 12 años, delitos agravados por el resultado muerte y delitos de asociación delictuosa. Es decir, de acuerdo al

nuevo proyecto, hay un reconocimiento de las comunidades indígenas y de este sistema normativo para que se pueda hacer realidad en la práctica de este sistema a lado del derecho vigente.

En cuanto a la imposición de las penas, el artículo 37 de esta ley señala que, “Para la aplicación de los beneficios preliberatorios a que tengan derecho los hombres y las mujeres indígenas, las autoridades deberán considerar la condición socio-cultural y económica de aquellos” Esta es una disposición benéfica a aquellos indígenas que han cometido algún delito y que se encuentran privados de su libertad cumpliendo ya una pena. Desafortunadamente, el órgano encargado de la ejecución de las sentencias no realiza este estudio socio-cultural y económico de aquellas personas, ni determina su condición de indígena para concederle algún beneficio. Lo que aplica la autoridad penitenciaria es la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad, y en dicho ordenamiento no se hace una alusión especial a los indígenas, por lo que los indígenas tienen que cumplir los parámetros que se establecen para los demás.

En este sentido, se está trabajando en coordinación con dependencias dedicadas a la atención de asuntos indígenas con programas específicos. Sin embargo, es necesario que se haga una reforma a la Ley de Ejecución de Sanciones para que el reconocimiento de este ordenamiento jurídico en beneficio de los indígenas, pueda aplicarse también para aquellas personas privadas de su libertad y que están cumpliendo una sentencia. En materia federal, existe un órgano descentrado de prevención y readaptación social, un área destinada exclusivamente a la atención de asuntos indígenas, pero por razones que se ignoran, los internos que tienen ya reconocida la calidad indígena no son beneficiados como se pensaría en lo que toca a la ejecución de las penas.

En esencia, podemos decir que los principales beneficios que tenemos en el estado de Oaxaca para los pueblos indígenas han sido las modificaciones a la Constitución estatal; lo que hay que hacer es hacerlo concordante con la Ley de Derechos de los Pueblos Indígenas. En los últimos 10 años se ha cambiado la estructura jurídica en nuestro estado con la finalidad de evitar esa exclusión que han vivido los indígenas durante 200 años; ahora se empiezan a derribar muros, y los pueblos indígenas del estado de Oaxaca progresivamente van a tomar posesión autónoma de las sociedades y desde luego están forjando su propia historia.

Sin embargo, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas tiene escasa aplicación y tiene también escaso conocimiento; ni siquiera las autoridades encargadas de la procuración y administración de justicia conocen la ley en mención, por lo que es necesario promover su difusión y análisis, y resaltar que es una ley pionera que destaca a nivel nacional e incluso latinoamericano. Es necesario realizar algunas adiciones y reformas que puedan dar la posibilidad de que esta ley tenga plena vigencia. En realidad consideramos que es un paso importante la existencia de esta ley, pero su aplicación, desde mi punto de vista, es escasa, y mas bien, resulta preocupante que existan otras disposiciones legales que constituyen un obstáculo para que esta ley tenga plena aplicación.

Podemos concluir que es necesario hacer algunas reformas, como la que ahora se pretende en materia de derecho procesal penal, para que efectivamente el sistema normativo de los indígenas pueda tener plena aplicación. Estos cambios deberían aplicarse también a las partes correspondientes del código civil y del código penal del estado de Oaxaca, para que estos cambios pueda ser una realidad, lo cual significaría un paso importante para quienes han trabajado en esta ley.

Ponente: Pedro Garzón López

Abogado oaxaqueño con estudios de maestría en derecho internacional y derechos humanos. Profesor universitario de las cátedras de derechos humanos y derecho agrario. Actualmente está trabajando su tesis doctoral sobre derecho indígena y derechos humanos en la Universidad Carlos III de Madrid, España.

El derecho indígena en el marco del pluralismo jurídico tiene que ver con el asunto de la coordinación entre el derecho indígena y el derecho oficial, por lo que en principio es necesario plantearnos las siguientes preguntas: ¿Cuál es el problema que se está planteando? ¿Cómo podemos coordinar el derecho indígena y el derecho oficial? ¿Cuáles serían los desafíos que enfrentamos?

Para dar respuesta a algunas de estas preguntas, es interesante observar la situación que están viviendo los pueblos indígenas, sobre todo en Oaxaca; realidad que nos invita a contribuir para establecer un marco de diálogo y de consenso intercultural, pues el tema indígena, sin duda, está relacionado con asuntos de pluralismos. Pero, ¿qué es el pluralismo? El pluralismo es una cuestión real, es un dato palpable, es una nota característica de nuestras sociedades. Por ejemplo, en el estado de Oaxaca, hay todo un mosaico complejo, diverso, en el que existe un pluralismo cultural, un pluralismo político y un pluralismo jurídico, que es particularmente en lo que nos vamos a enfocar.

El pluralismo jurídico es entendido como la coexistencia de normas o sistemas normativos que conviven algunas veces de manera “ilegal” según el derecho del Estado, pero que conviven dentro de un marco geopolítico. El tema del pluralismo jurídico y sus diversas dimensiones nos remite a que, en nuestras sociedades, no podemos negar la existencia de diversas comunidades indígenas –como la chinanteca en Oaxaca, la *aymara* en el Perú, o bien, la comunidad *mapuche* en Chile– en donde vamos a encontrar características y diversidades culturales que sería difícil empatarlas en el marco de un monismo de Estado.

Desde esta perspectiva, el desafío que se da en el pluralismo jurídico se presenta a partir de la década de los 90, cuando se empieza a reconocer

el pluralismo jurídico en las constituciones de diferentes Estados, como en Perú, Bolivia, Ecuador, Colombia y México. En este último caso, el reconocimiento al pluralismo jurídico se da en la Constitución Federal con la reforma del 2001. Esto marca un proceso importante, porque se reconoce oficialmente una diversidad que *de facto* ya existía. Por tanto, se reconoce la existencia de Estados multinacionales en Estados que habían negado la existencia de estas diversidades culturales. Podemos decir que, cuando los Estados empiezan a alcanzar su independencia en el siglo XVII o XIX, traen el modelo liberal monista europeo que empieza a uniformar toda diversidad, niega toda posibilidad de encontrar diversidades lingüísticas, homogeniza la cultura, la lengua, las religiones, etcétera. A partir de ahí es cuando el derecho indígena se ve envuelto en un proceso de asimilación, y posteriormente en la década de los 30 y 40 empieza una política más integracionista con la creación de instituciones nacionales indigenistas que surgen precisamente con el objeto de integrar lo diverso, bajo la visión de que se tiene que tener un solo modelo homogéneo.

El pluralismo jurídico, visto desde el derecho indígena, marca un gran desafío a este paradigma monista, baluarte del Estado durante siglos, entendido este último como el único que puede producir normas jurídicas y el único que tiene el monopolio de la violencia legítima. Sin embargo, el pluralismo demuestra que al lado de este Estado monista están también los pueblos que *de facto* tiene también sus propios centros de producción normativa.

En tal sentido, el sociólogo Oscar Correas reconoce que el pluralismo jurídico es el fenómeno de la coexistencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. Por su parte, parafraseando a Boaventura de Sousa

Santos, quién va más allá y afirma que dentro de las sociedades contemporáneas coexisten tres espacios o centros de producción normativa: el local, el nacional y el internacional. El modelo nacional es el predominante y es el del Estado. El local, por su parte, se aplicaría en el caso que nos ocupa, a los centros de producción normativa de las comunidades indígenas; es decir, que las comunidades indígenas cuentan con sus propias instituciones normativas y sus propias autoridades que regulan la convivencia social entre sus miembros. En el ámbito trasnacional existen poderes económicos, poderes trasnacionales que también producen normas e incluso esas normas están muchas veces por encima de las normas que produce el Estado, pues este último suele subordinarse a las normas que se producen en el ámbito trasnacional. Cuando se trata de reformas económicas, por ejemplo, los Estados muchas veces tienen que ajustar sus políticas económicas a las políticas de las grandes empresas o poderes trasnacionales.

Por otra parte, el derecho indígena tiene características propias que lo distinguen y que se diferencian del derecho “moderno”. El derecho indígena no distingue entre normas morales, sociales o jurídicas, como pasa en el sistema moderno, sino que existe todo un eje cultural que se va articulando en función de ciertas cosmovisiones, de ciertas visiones que, finalmente, determinan que se trata de un mundo distinto y, por lo tanto, no comparable desde los parámetros del modelo de una teoría liberal y occidental que ha sido acuñada durante siglos. Sin embargo, nosotros, los indígenas, a veces tenemos al mismo tiempo los pies en dos mundos distintos, ya que por un lado, tenemos una identidad y un contexto indígena, y, por el otro, muchas veces nuestra formación, incluso el modelo curricular de educación que recibimos, es eminentemente occidental. Es ahí cuando nosotros, como pueblos indígenas, buscamos cómo recuperar estas características, estas culturas, esta forma de ver el derecho desde un contexto indígena, que tiene que ver mucho con una visión holística que se da en nuestras comunidades, con los derechos colectivos, fren-

te a la visión individualista del Estado.

Ahora bien, muchas veces las relaciones que se dan entre el derecho indígena y el derecho del Estado se desenvuelven de manera conflictiva y, otras veces, de manera armónica. Un buen ejemplo se presenta en el sistema de elección de autoridades en Oaxaca, que permite tanto la elección por usos y costumbres en algunos municipios como por el sistema de partidos políticos en otros. Esta forma de pluralismo político se empieza a reconocer en el año 1995 en la Constitución de Oaxaca, a partir de reconocer a los municipios indígenas el derecho a elegir a sus autoridades tradicionales a través de los métodos que siempre han utilizado. Con este reconocimiento, se podría decir que hay una aproximación entre el derecho del Estado y el derecho indígena, en la medida en que la legislación estatal permite que los pueblos indígenas elijan a sus autoridades con base a sus sistemas normativos. Sin embargo, en muchos casos se siguen presentando problemas electorales y post-electorales que cuestionan la viabilidad del pluralismo. Para ello, me parece que se tiene que hacer un estudio detenido para ver cuáles son los elementos que dan origen a estos conflictos, sobre todo para determinar si el problema viene del sistema de elección de las comunidades indígenas, o hay otros elementos que generan los conflictos. No obstante, si de los 570 municipios que existen en nuestro estado, 418 se rigen por su propio derecho electoral, podemos decir que hay una cantidad importante de municipios que han pensado y entendido que éste es el mecanismo que para ellos debe continuar.

Pero, al no existir una pauta de coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena, muchas veces la relación entre ambos sistemas se da de manera conflictiva. En Oaxaca podemos encontrar muchos ejemplos en donde las decisiones de las autoridades indígenas —a las que históricamente se han sujetado de acuerdo a sus sistemas normativos— entran en colisión con el derecho oficial, ya que contravienen disposiciones establecidas por el Estado, ya sea a nivel estatal o federal. Muchas veces estos conflictos

no se dan solamente entre autoridades indígenas y el Estado, sino también entre una comunidad en su conjunto y el Estado. Aunque en ocasiones los conflictos se resuelven de manera pacífica a través de la conciliación, como en los casos relacionados con el “tequio”, la religión, etcétera, lo cierto es que en la mayoría de los casos no hay conciliación, y es el derecho oficial, a través de sus instituciones y sus normas, el que termina por imponerse. Es decir, finalmente se impone el sistema normativo predominante; así, la justicia indígena, como diría Magdalena Gómez, queda relegada al “robo de gallina”, es decir, a asuntos menores.

El problema entonces, es cómo armonizar y cómo solucionar los conflictos que se presentan entre dos sistemas normativos. En este sentido, es necesario establecer un marco de revisión y lograr una coordinación entre el derecho indígena y el estatal. Oaxaca, si bien ha marcado un precedente muy importante, incluso se le ha llamado pionero en materia de legislación indígena, hoy en día cede paso a lugares más avanzados en cuestiones de reconocimiento a la jurisdicción indígena. Sobre este asunto regresaremos más adelante, pero antes quiero resaltar algunos aspectos fundamentales de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca.

Tanto en la exposición de motivos como en el contenido de la mencionada ley, se advierte la influencia que tuvo el Convenio 169 de la OIT. Sin embargo, lo que no se hizo fue la consulta previa, directa y efectiva a los diferentes sectores organizados y no organizados de campesinos, académicos, investigadores, mujeres, autoridades, líderes de base y líderes comunitarios de los pueblos indígenas. Me parece que la no realización de este proceso de consulta previa fue una de las debilidades para determinar un “núcleo duro” acerca de los límites que se le hubiera puesto a la jurisdicción indígena de manera bilateral, es decir, desde una interpretación intercultural.

Al no haberse hecho así, esto permitió que el

Estado, de manera unilateral, impusiera los límites con base a una visión monocultural. Así, los límites que se le impusieron a la jurisdicción indígena fueron las leyes ordinarias, la Constitución del estado y la Constitución Federal, que hasta ese momento aún no establecía nada específico respecto a la jurisdicción indígena. Al poner estos candados, y ante la falta de consulta para llegar a unos criterios interculturales sobre los conceptos, las normas y el derecho, podemos decir que la justicia o la jurisdicción indígena adolece de nulo significado en tanto no se puede poner en práctica. La misma suerte corrió la reforma federal de 2001, ya que, si bien reconoció la autonomía y la libre determinación, al final se impusieron unos límites que en la práctica terminó por reconocerse nada.

Desde esta perspectiva, creo que la ley reglamentaria del estado de Oaxaca, al no haber sido trabajada desde una interpretación intercultural, es una ley que finalmente nació con un déficit de legitimidad, y por lo tanto, como se puede ver, en la práctica resulta realmente inoperante. En todo caso, podríamos decir que el proceso en su conjunto marca un avance en el sentido descriptivo del pluralismo jurídico, más no en el sentido prescriptivo o normativo, porque justamente esto fue lo que quedó fuera. Es decir, oficialmente se reconoce que existen sociedades diferentes y que los pueblos indígenas tienen diferentes sistemas normativos, pero faltó entablar un diálogo horizontal entre las partes en igualdad de condiciones. Fue el Estado el que determinó unilateralmente el contenido y los límites de la ley indígena con base a sus propias normas, instituciones y valores fundacionales, lo que llevó finalmente a una situación de falta de realización práctica de la jurisdicción indígena.

Conectado con la cuestión de los límites a la jurisdicción indígena, resulta oportuno comentar brevemente la sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia, que es una sentencia que ha dejado precedente y que ha roto con todos los esquemas de límites que suelen poner los Estados. Tanto la Constitución

colombiana en su artículo 246 como la Constitución mexicana en el segundo establecen casi de manera similar los límites a la jurisdicción indígena (respeto a la ley, la Constitución y las leyes ordinarias). El avance que vemos en esta sentencia es justamente en la interpretación, fijación y aplicación de la diversidad cultural y de la autonomía. Colombia, al igual que México, ha ratificado el Convenio 169 de la OIT. De tal suerte que la interpretación a la que llegó la jurisprudencia de Colombia es que finalmente reconoce plenamente la autonomía de los pueblos indígenas y la diversidad cultural, ya que al no hacerlo, dice expresamente dicha sentencia: “sería una cuestión retórica ese reconocimiento”.

Por lo tanto, esta sentencia establece dos principios importantes que me parece nos va a ilustrar un poco el avance en la cuestión de los límites: el principio de la maximización de reconocimiento a la autonomía de las comunidades indígenas, de acuerdo al Convenio 169; y el principio de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía, que vendrían a ser lo que Ernesto Garzón Valdés ha denominado “coto vedado”, es decir, establecer un núcleo duro, unos límites intangibles que, como punto de intersección entre culturas diferentes, la justicia indígena debe respetar para que pueda operar la jurisdicción especial.

En este sentido, la Corte, bajo estos dos principios, llega a determinar que la parte que restringe a la justicia indígena son los derechos humanos a la vida, a la integridad física, a la no tortura y el debido proceso; éste último, no entendido desde categorías occidentales sino que se sujete a las tradiciones y costumbres de los pueblos indígenas. Por ejemplo, en algunos lugares de Colombia, si una persona comete un homicidio, este no es sancionado en una prisión de tipo occidental, sino puede ser 10 años de servicio a la comunidad, más el “cepo” en las noches, según sea el “derecho propio”. De esta manera, para que exista coordinación con la justicia estatal, necesariamente la justicia indí-

gena tendrá que ceder en algunos aspectos y estos cuatro puntos fundamentales son –como punto de partida– el “núcleo duro” que el derecho indígena debe respetar como mínimos comunes intangibles. Con esta sentencia, es claro el avance en materia de jurisdicción indígena, curiosamente, en un Estado como Colombia, donde la población indígena no es muy numerosa.

En el caso de México, no existe jurisprudencia de la Corte Suprema del talante de la colombiana. En el caso de Oaxaca, hay avances desde el punto de vista descriptivo, pero en el aspecto prescriptivo o normativo, creo que existen otros estados que se están adelantando, como el mencionado. Por lo tanto, me parece que en todo este proceso vamos a continuar reflexionando desde diferentes perspectivas y espacios: desde la academia, desde la investigación, desde la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. Los y las indígenas se están articulando con la participación de intelectuales y líderes indígenas que tienen una posición muy firme y muy clara con respecto a la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. El avance que deja la sentencia colombiana es fijar unos mínimos comunes que rompe totalmente con toda la tradición de las constituciones de los Estados latinoamericanos, incluyendo México.

Pese el avance que se ha mencionado y suponiendo que se construyeran estos mínimos comunes de manera intercultural, ¿qué pasaría en Oaxaca? Observando las restricciones señaladas como “mínimos comunes”, pienso que las resoluciones de las autoridades indígenas deben respetarse de manera absoluta; no creo que deban ser relegadas a una convalidación posterior por la justicia estatal, ya que hacerlo, sería como no reconocer nada. Por lo tanto, los alcances en las decisiones de las autoridades indígenas tendrían que tener una validez *per se*, es decir, sin ninguna acotación ni observación de parte de la justicia oficial. En todo caso, debe mantenerse una postura firme, aun cuando esto sea sólo una esperanza, aun cuando se diga que se trata de una utopía, porque mientras haya

utopía, habrá esperanzas y eso va a impulsar el proceso para lograr realmente este reconocimiento a la autonomía y la jurisdicción indígena de manera plena, sin ningún *a priori* normativo con ventaja.

Por último, de manera muy generalizada, quisiera señalar cuáles serían los grandes ejes que deberían articularse entre la justicia indígena y el derecho estatal, cuyo producto debería considerarse en una ley de coordinación entre ambos sistemas. Es de mencionarse el proyecto de la Ley Orgánica de los Pueblos y Comunidades Indígenas de la República Bolivariana de Venezuela, propuesta que se está debatiendo en cuanto al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y que supera en mucho las limitaciones que nosotros conocemos. Por otra parte, tenemos la propuesta que hace la abogada peruana Raquel Irigoyen. Ella establece que la competencia territorial para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena, tendrían que ser el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas. Sobre la competencia personal, Irigoyen señala que la justicia indígena tendría que aplicarse a las personas indígenas – incluyendo a las personas que violen derecho indígena– y, en cuanto a la competencia material, el derecho indígena debe estar facultado para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad y cuantía de las mismas, sin que se tengan que excluir ciertos asuntos que para el derecho positivo son considerados “delitos”. En cuanto a la competencia temporal, una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso, este no puede ser invadido por la justicia estatal, de lo contrario, sería subordinar la justicia indígena.

Ahora bien, ¿cuáles son las pautas para resolver conflictos cuando se violan derechos humanos

por las propias autoridades indígenas? Primero, tendríamos que ver si efectivamente hay violación a los derechos humanos, teniendo en cuenta que la competencia indígena debe respetar los “mínimos comunes” antes señalados, (vida, integridad física, no tortura y “debido proceso” indígena). Éste es un tema muy importante que hay que analizar detenidamente, porque como bien lo decía Ester Sánchez en este seminario, el mundo indígena y el mundo occidental son dos mundos distintos con sus propios referentes cognitivos. El planteamiento hasta el momento es que, si hay alguien cuyos derechos humanos son violados por las autoridades indígenas, esta persona afectada tendría que agotar los recursos internos y posteriormente tendría que acudir a la jurisdicción ordinaria, pero ésta necesariamente tendría que ser mixta, es decir, una jurisdicción especializada en materia indígena, de tal manera que por un lado, estén los operadores jurídicos del sistema del Estado y, por el otro, miembros o representantes de las comunidades indígenas, para que la interpretación a la violación a los derechos humanos no sea orientada desde una sola visión monocultural, sino que sea en función de una interpretación intercultural de los hechos, las normas, valores, conceptos, etcétera. Y si al final no se resuelve, o hay inconformidad, entonces estaría la jurisdicción internacional.

Por último, sin haber sido exhaustivo, dado que sólo se han tocado aspectos que merecen ser profundizado, concluyo apuntando otra cuestión que debe considerarse en una ley de coordinación entre los derechos –indígena y oficial– y es precisamente la descriminalización de la justicia indígena. Es decir, tenemos que cambiar ese prejuicio de que en principio, cuando las autoridades indígenas aplican justicia, éstas siempre cometen violaciones a los derechos humanos, y sobretodo, que sus decisiones no se ajustan al derecho oficial.

Conclusiones de las Mesas de Trabajo

Tema III: Derecho Indígena y Derecho Oficial — Principales Problemas y Algunas Pautas de Coordinación para Oaxaca

Los procesos penales donde están involucrados indígenas suelen estar llenos de irregularidades, no sólo por la falta de traductores y defensores capacitados sino por el desconocimiento de parte de los jueces de los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, cuya validez ha sido reconocida por leyes federales y estatales. A pesar de que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca es un gran avance en el reconocimiento de estos sistemas, y establece además ciertos criterios de coordinación entre estos y el derecho estatal, mucho de lo establecido ahí no ha sido implementado y quedan aún ciertas áreas por definir.

Por esa razón, la Mesa III se planteó la siguiente pregunta:

¿Qué propuestas plantearía para una mejor coordinación entre la jurisdicción ordinaria y el derecho indígena?

La discusión que se dio en las mesas fue ardua, y aunque inicialmente se pretendió establecer algunas reglas concretas de coordinación que regulara los ámbitos material, personal, temporal y territorial de la justicia indígena, finalmente se consideró que esta era una tarea de más largo aliento que escapaba de los objetivos de este seminario. Por esa razón, se acordó una propuesta inicial que fuera el punto de partida de un esfuerzo mayor que se concentre únicamente en esta temática.

En base a las discusiones que se llevaron a cabo en el seminario, y contando con el apoyo y asesoría de los expertos internacionales que nos acompañaron:

- elaborar un documento que proponga algunas pautas concretas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho oficial;
- que este documento además aclare algunos de los conceptos que señala la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas; y
- recomendar algunos mecanismos de implementación que esta ley requiere.

Estas pautas girarían en torno a los límites que establecen el respeto a la vida, la no tortura, la equidad de género e infancia, y el respeto a un proceso tradicional comunitario. Este documento será presentado ante el Tribunal Superior de Justicia y se solicitará que sea tomado en cuenta en la discusión sobre la reforma al procedimiento penal en Oaxaca que se viene llevando a cabo.

- Promover la creación de una comisión permanente de abogados indígenas, antropólogos y estudiantes indígenas de derecho, con reconocimiento oficial del Tribunal Superior de Justicia, que impulse y promueva el respeto a una jurisdicción indígena plena en el marco de la reforma al proceso penal que se está llevando a cabo en Oaxaca.

TEMA IV

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y Pueblos Indígenas

Introducción: Maurilio Santiago Reyes

Buenos días a todos. Voy a tratar de hacer una breve introducción. El Sistema Interamericano es una instancia a la que se puede recurrir para pedirle que ordene medidas cautelares cuando existe una situación de emergencia que vulnera los derechos humanos. En Oaxaca, hay muchas situaciones de emergencia; sin embargo, no son llevadas al Sistema Interamericano o ante organismos internacionales debido a que en la mayoría de casos no se tiene el conocimiento necesario para ello o porque nos sentimos imposibilitados para hacerlo.

Dentro de nuestra experiencia –consistente en haber solicitado medidas cautelares a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)– a pesar del desconocimiento, y a pesar de sentir que era muy difícil acceder al Sistema Interamericano, la misma situación de necesidad nos llevó a incursionar en ese sistema. Cuando nosotros veíamos que existía un riesgo, un peligro inminente, ya se había difundido la situación en la prensa y no pasaba nada; ya se había presentado una queja ante la Comisión Estatal de Derechos Humanos y no pasaba nada; ya se había presentado una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos y no pasaba nada; entonces, recordamos que había un lugar más a dónde llegar, que era la CIDH. Entonces, la acción siguiente era intentarlo, y nos dimos cuenta de que el Sistema Interamericano funcionaba.

Quisiera mencionar dos casos en donde pudimos comprobar su eficacia. Uno de ellos fue el

caso de Raúl Gatica Bautista, el líder del Consejo Indígena Popular de Oaxaca “Ricardo Flores Mogón”, en donde efectivamente había una situación de peligro inminente y evidente; ya lo estaban anunciando los medios, ya lo sabía la Comisión Estatal, y aun así, persistía esa situación de peligro. Presentamos el caso y efectivamente nuestra voz tuvo eco cuando la CIDH emitió las medidas cautelares.

Otro caso fue el del presidente municipal de San Martín Itunyoso a favor del cual la CIDH también emitió medidas cautelares. Él había sido electo por el sistema de usos y costumbres de San Martín, y no se le había respetado la elección a pesar de que se le otorgaron constancias de mayoría. Posteriormente, aparece un decreto en donde supuestamente había solicitado licencia por tiempo indefinido, por lo que el Congreso se la otorga, pero él no había tramitado en ningún momento una licencia, sino que le habían falsificado su firma. Estaba en un estado de impotencia; ya había agotado la vía política sin obtener los resultados deseados, y entonces, lo que hicimos fue promover el juicio de garantías, recibiendo amenazas e intimidación por esta razón, y entonces, cuando surge esta situación, y nos encontramos en un inminente estado de peligro, acudimos nuevamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la misma que dictó las medidas cautelares necesarias.

Ponente: Víctor Rodríguez Rescia

Abogado y profesor universitario. Ex secretario adjunto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y consultor del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

El Sistema Interamericano es un sistema que está en constante evolución, un sistema que todavía no ha encontrado los límites. El Sistema Interamericano va en buena línea, especialmente gracias a los antecedentes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte), que también ha venido haciendo un trabajo muy importante; con relación a los pueblos indígenas. Sólo en este último año ha emitido tres sentencias en donde el avance en el entendimiento del tema indígena ha sido impresionante.

No creo que tengamos que apostarle a resolver el problema de los pueblos indígenas desde afuera, es decir, a través de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos; no sólo el Sistema Interamericano sino también el Sistema de Naciones Unidas. A veces sólo nos enfocamos en ellos, como el foro donde vamos a reclamar o a demandar al Estado. Pero eso es apenas una parte, es esa parte reactiva de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, que para mí no es lo más importante. Lo más importante es: ¿Qué nos proveen los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos para mejorar la calidad de vida de los mexicanos y, concretamente, de los pueblos indígenas? Creo que esta parte es la más importante, lo sustantivo del tema.

Al respecto, el principal aporte del Sistema Interamericano y del Sistema de Naciones Unidas es que nos han nutrido a todos los países de una serie de instrumentos internacionales que se llaman tratados y declaraciones, además de otras normas que no son tratados ni declaraciones y que se llaman normas mínimas del Sistema de Naciones Unidas, el llamado “derecho suave”, directrices que generan organismos especializados para que los Estados lo cumplan. Entonces, lo sustantivo del asunto son esos derechos re-

conocidos, como son la vida, la libertad; en fin, nada nuevo para ustedes, todos están en la Constitución Federal mexicana o en las constituciones estatales. Pero además tienen unos estándares mínimos importantes que, si no están contemplados en la Constitución Federal o en las estatales, corresponde al Estado adecuar la legislación interna a esos tratados. Esa es la conclusión inicial: tenemos que revisar si la legislación mexicana, en este caso la del estado de Oaxaca, contradice o no, si está adecuada o si hay que adecuarla a todos los derechos humanos establecidos en tratados internacionales que México ha ratificado.

En segundo lugar, si el Estado no lo hace, es decir, si siguen existiendo contradicciones entre las normas internacionales y la legislación interna, y si el Estado no adecua su derecho interno a las normas internacionales, eso no hace inaplicable el tratado internacional. Por el contrario, la tendencia es que después que se ratifica, el tratado internacional automáticamente pasa a ser derecho interno de aplicación automática, o sea, se convierte en derecho mexicano aunque hayan leyes que lo contradigan. Esto lo digo porque en el caso de los pueblos indígenas, hay que destacar que México fue el segundo país que ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales y que precisamente entró en vigor como ley interna. El que no se haya logrado una reforma constitucional en materia de derecho indígena para nada implica, desde el punto de vista internacional, que México no deba cumplir con los estándares internacionales contemplados en ese convenio.

Cuando los estados ratifican un tratado tienen que cumplirlo de buena fe; es un principio universal, ha sido costumbre y está en la razón de ser del derecho internacional; incluso está en la más importante convención de derecho internacional, que es la Convención de Viena sobre el

Derecho de los Tratados. Si los estados ratifican para no cumplir de buena fe, no tiene sentido el derecho internacional, no serviría absolutamente de nada. Entonces este cumplimiento de buena fe es más que un principio: es una norma fundamental.

Por otro lado, no tiene sentido seguir ratificando tratados si después no van a ser cumplidos, invocando el derecho interno, diciendo que esa norma contradice la Constitución Federal, y que por lo tanto, lo que dice la Constitución Federal prevalece o está por encima de los tratados. Lo anterior es cierto desde el punto de vista constitucional, pero no lo es desde el punto de vista del derecho internacional, porque si el derecho internacional permitiera que los estados antepongan su derecho interno, ¿qué ocurriría con el derecho internacional? ¿Se reconocería la validez del derecho internacional en unos países y en otros no? ¿En unos países habrían tratados que estarían por encima del derecho internacional y en otros no? Si esto fuera así, estaríamos navegando por pisos distintos para cada estado.

En el derecho internacional el piso es raso para todos, los tratados se cumplen como una obligación clara. Pero eso no es sólo lógico, también es una obligación internacional. El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice que ningún estado puede dejar de cumplir una obligación internacional alegando la aplicación del derecho interno. En otras palabras, para un organismo internacional, las constituciones nacionales no juegan un papel trascendental.

La otra cuestión importante es ver si hacemos nuestras ciertas normas que están en los tratados internacionales, si las hacemos parte de nuestra vida cotidiana. El derecho mexicano no sólo está conformado por la Constitución Federal, constituciones estatales, los códigos especiales, las leyes especiales, las leyes generales, etcétera, sino también lo conforman todos los tra-

tados internacionales ratificados por México. De hecho, dentro de la teoría llamada “bloque de constitucionalidad”, muy desarrollada en Colombia, por cierto, se postula que el derecho interno se integra con el derecho internacional, bajo las mismas condiciones.

Antes de acudir al Sistema Interamericano, resolvamos primero las cosas aquí en México. No se trata de ir corriendo al Sistema Interamericano o al Sistema de Naciones Unidas cada vez que creamos que hay una violación; hay que dar la pelea aquí hasta dónde se pueda y lo permita el Estado de Derecho. Pero esto tampoco implica que ustedes van a ser mártires y que en situaciones particulares, cuando se viola gravemente un derecho, cuando no existe recurso o cuando el recurso no es eficaz no podamos acudir al Sistema Interamericano. Justamente ahí es donde cobra importancia esta dimensión, la del derecho interamericano y la del derecho internacional en general, para generar una solución que no se pudo lograr acá.

Finalmente, el Sistema Interamericano tiene dos dimensiones: la que más me gusta no es la del litigio sino la preventiva, la proactiva, la parte de la promoción de los derechos humanos. Este papel a través del cual la CIDH puede hacer recomendaciones a los Estados al margen de que haya o no un caso concreto, le corresponde más a la CIDH que a la Corte, y a través de él se pueden generar innumerables posibilidades de garantizar y proteger los derechos humanos desde una perspectiva preventiva o proactiva sin necesidad de agotar los recursos internos. Inclusive, un estado puede solicitar la asesoría de la CIDH para la generación de leyes, políticas, planes, programas, etcétera, que promuevan los derechos humanos. Esta es la parte más importante para mí, porque pienso que los derechos humanos tienen que ver con una cultura de paz. Nada hacemos llevando a la Corte caso tras caso, porque eso no necesariamente resuelve el problema, particularmente el de los indígenas.

Ponente: Ricardo Sepúlveda Iguíniz

Titular de la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación.

Yo quisiera aportarles la visión del gobierno que tarde o temprano se cruza con la visión de la sociedad civil, pues los problemas finalmente son comunes y los compartimos todos. Y no son problemas de personas —aunque tengan que ver las personas sin duda— sino más bien son problemas estructurales, muchos de ellos derivados de años de rezago y desatención. El propósito de este seminario, entonces, es por una parte identificar esos problemas, pero no quedarse ahí sino que, con creatividad, encontrar cuáles serían esas soluciones que nos ayudarán a revertir o cambiar esta situación.

En este sentido, me gustaría tomar como punto de partida un tema de diagnóstico en cuanto a la impartición y procuración de justicia de los pueblos indígenas. Como primera premisa, existe una realidad social y cultural indígena que durante muchos años no se reconoció en toda su magnitud. Ahora la diferencia está en que se le da mucho más reconocimiento, y esto no es solamente un tema de gobierno sino también social. Ese reconocimiento tiene que estar también en la sociedad y entre otras cosas, en el campo profesional de los abogados; es decir, se tiene que atender también desde el punto de vista de la defensa jurídica que se le da a los pueblos indígenas.

La segunda premisa tiene que ver con otra realidad que tenemos: un sistema de justicia a nivel nacional en crisis. No es que el sistema de justicia haya cambiado, sino que ahora reconocemos por las manifestaciones de inseguridad —pero quizás también por tener mucho más apertura a criticar nuestras propias instituciones— que existen realidades que aunque estaban ahí, eran quizás poco conocidas. Esta crisis del sistema de justicia va a llevar a que se promuevan reformas integrales, desde el nivel constitucional hasta el legislativo, desde el nivel federal hasta el local. Tengo entendido que ayer estuvieron algunos miembros del Tribunal Superior de Justicia del

Estado hablando sobre un proyecto para reformar el sistema de justicia penal en Oaxaca. Ese es un ejemplo del cambio que se viene.

Esto significa que estamos ante una situación de crisis generalizada; por lo tanto, si vamos a hablar del sistema de justicia, cómo se aplica y qué dificultades tiene respecto de los pueblos indígenas, hay que saber que el problema existe para todos, no solamente para los pueblos indígenas, y aquí pasa una cuestión muy concreta: se dan graves injusticias y eso es lo peor que le puede pasar a un sistema de justicia. Un sistema de justicia debe producir justicia, debe dar como resultado justicia y si lo que da como resultado es injusticia, entonces, está mal en todo su diseño.

Hay datos que me parecen muy significativos. Uno es el índice de impunidad que tenemos en términos nacionales, que fluctúa en el 97 por ciento y más. Es un dato muy preocupante, es un dato escalofriante: de 100 delitos sólo se sanciona tres. Pero veamos la otra cara de la moneda; el índice o el porcentaje de asuntos que son tratados y conocidos por el sistema judicial y que dan como resultado una condena, es alrededor del 80 por ciento. Uno podría decir, “qué eficacia”, pero fíjense la paradoja: resulta que el propio sistema de justicia no logra detener a los delincuentes, pero el 80 por ciento de los que se detiene son culpables. Esto da como resultado que los delincuentes se quedan en la calle y llenamos las cárceles de gente sobre quién no sabemos si realmente es culpable o no. Si vamos a los datos estadísticos, se trata de gente que tiene mucho menos recursos económicos. Normalmente se trata de gente que padece un alto grado de marginación y dentro de ellos están los pueblos indígenas. Desde esta perspectiva, este sistema de justicia no funciona, y si no funciona, hay que reformarlo.

Partiendo de estas dos premisas, cuando analizamos la problemática de los pueblos indígenas en el sistema de justicia mexicano y nos referi-

mos al Sistema Interamericano, yo creo que podemos encontrar oportunidades y dificultades. Algunas de las dificultades han sido mencionadas en este seminario, y yo voy a referirme a otras, pero antes de entrar en eso, quiero compartir con ustedes lo siguiente.

México ha generado una política de estado en materia de derecho humanos, y eso representa una oportunidad para la defensa jurídica de los pueblos indígenas, porque una política de estado significa reconocer los derechos humanos en su categoría jurídica y en su categoría también cultural. En esa política de estado, está reconocido de muchas y diversas formas el principio de universalidad de los derechos humanos, que tiene, entre otras consecuencias, el que los derechos humanos se encuentren por encima de la Constitución. Si lo pensamos un poquito, vamos a llegar a esa conclusión: si los derechos humanos son universales y la Constitución no, entonces los derechos humanos van a estar por encima de la Constitución.

Segundo, la interdependencia de estos derechos es también un reconocimiento. Esto se puede ver en el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México (el Diagnóstico) o en el Programa Nacional de Derechos Humanos, que muestran situaciones particulares de vulnerabilidad como la que viven los pueblos indígenas cuando se atenta o se descuida la atención a ciertos derechos como el de su autonomía o identidad, provocando la vulneración de derechos más concretos, como a una impartición de justicia equitativa, igualitaria y correcta.

El tercer principio que también está reconocido en nuestro derecho, es el de la complementariedad. Si bien no se trata de un principio de los derechos humanos, es un principio de aplicación de los sistemas de justicia de los derechos humanos. Es importante mencionar que el principio de complementariedad no significa que algo funciona secundariamente o es de menor categoría: no podemos ver a los sistemas internacionales como secundarios, sino al contrario, tenemos ahí un gran reto por lograr que es la

armonización entre ambos sistemas.

El Sistema Interamericano es parte de esta política de derechos humanos que el gobierno reconoce. Antes, seguramente, si un funcionario de gobierno se presentaba en un seminario como éste, lo más probable es que desalentara acudir a las instancias internacionales, porque eso era como reconocer que no funcionaban las instancias internas. Esa visión anacrónica, antigua, no es la del México de hoy. La visión actual es que todo lo que sea un mecanismo legal en defensa de los derechos humanos, hay que utilizarlo. No es un atentado contra el país que una instancia internacional dicte una recomendación, no vulnera la soberanía; esa visión de soberanía es del siglo XVIII y ya la superamos, hay que seguirla superando. No hay esa contraposición, por lo tanto, cuando se da una resolución de un organismo internacional que condena al Estado mexicano, no supone una mala noticia. Igualmente, no lo supone si un juez interno, ya sea la máxima autoridad o un juez ordinario, hace lo suyo, porque si eso va a ser en favor de la impartición de justicia, no tiene por qué verse como un dato negativo.

Ese es el principio conforme al cual se está construyendo esta política de derechos humanos del Estado. No es un logro sólo del gobierno sino también de la sociedad civil, y es también un reto conjunto para que esta política de Estado continúe y además trascienda, independientemente de los cambios políticos que vive el país. Es un reto que tenemos sociedad civil y gobierno y también todos ustedes que ejercen la profesión de la abogacía en defensa de los derechos humanos. Efectivamente, el Sistema Interamericano no tiene solamente un carácter jurisdiccional sino que tiene también un carácter consultivo, político y también jurisdiccional, de tal forma que hay que hacer uso de esos dos aspectos.

Sobre los problemas y oportunidades que yo veo en el uso del Sistema Interamericano y en este impulso a mecanismos para defender de manera más efectiva a los pueblos, a las comunidades, a nuestros hermanos indígenas, la pri-

mera dificultad tiene que ver con la falta de armonización legislativa que se manifiesta en la dificultad para la aplicación interna por parte de autoridades locales de los tratados internacionales y en el problema de la jerarquía de normas.

En este sentido, no obstante que la Suprema Corte de Justicia ya ha sentado un precedente a nivel de interpretación constitucional que le da superioridad jerárquica a los tratados, esto no ha permeado a todo el poder judicial. Ese precedente no debe ser visto como una mera opinión aislada de alguien a quien se le ocurrió por ahí decirlo. Los precedentes en la mente de un juzgador, aunque no lo obligan, son y deben ser atendibles. Aquí estoy dando un “tip” de lo que debe ser este cambio cultural, jurídico, en cuanto a la aplicación de los tratados internacionales por parte de las autoridades internas.

Pero, ¿qué pasa cuando no solamente existe poca armonización sino que existe contradicción, y ésta no es con una ley, en cuyo caso se podría decir que es un problema de jerarquía, sino con la Constitución misma? ¿Qué hace el Estado mexicano? En estos casos, no es un problema de jerarquía sino que ya es uno de reconocimiento de los derechos humanos al máximo nivel constitucional, y ese reconocimiento todavía no lo tenemos en nuestra Constitución. Hay iniciativas en el Congreso que tratan de impulsar el reconocimiento de los derechos humanos también de los pueblos indígenas al máximo nivel que tienen las garantías individuales. Sin embargo, no entiendo por qué no aprueban esa iniciativa de reforma constitucional con la que todos estamos de acuerdo.

Otro de los problemas en el uso del Sistema Interamericano tiene que ver con la lejanía, por decirlo así, entre los sistemas internacionales y los pueblos y comunidades indígenas. Todavía son muy poco los profesionales del derecho que se dedican a defender los derechos de los pueblos indígenas, y entre éstos son todavía menos los que se dedican y que conocen el Sistema Interamericano. Estos son dos pasos que tenemos que dar: hay que promover que haya cada vez

más abogados que se dediquen a defender los derechos de los pueblos indígenas y que conozcan el Sistema Interamericano. Como parte de la ejecución de unas medidas cautelares, hace poco tuvimos en Oaxaca una reunión con autoridades municipales para explicarles de qué se trataban las medidas cautelares, qué era el Sistema Interamericano, y por qué había que actuar de la forma que ellos señalaban. Creo que esa es una tarea que podemos y tenemos que ir haciendo.

Otro asunto importante es el de la cláusula federal; cuando un organismo internacional como el Sistema Interamericano dicta una resolución, lo hace al Estado mexicano, pero el Estado mexicano es la federación, las entidades federativas, son los órganos autónomos, son todos los poderes. Eso en ocasiones ya no es un problema de armonización sino de coordinación entre las autoridades para poder atender debidamente esas resoluciones; es una tarea que le toca a las autoridades el aprender a coordinar bien entre sí. En ese esfuerzo debo reconocer el trabajo que viene haciendo la Subsecretaría de Derechos Humanos del estado de Oaxaca cuando tenemos que atender una resolución de un organismo internacional en colaboración con la Secretaría de Gobernación, cosas en las que estamos recién empezando pero que estamos haciendo cada vez mejor.

Hasta ahora yo me he referido a las dificultades; sin embargo, hay también oportunidades en el uso del Sistema Interamericano y Universal de derechos humanos. En primer lugar, el Sistema Interamericano puede aplicar todos los instrumentos internacionales y no solamente los americanos, por lo que se puede invocar a todos. Por otra parte, el reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas y de los derechos humanos en general, es mucho más abierto, amplio y flexible en el ámbito internacional que en el ámbito interno. Esto representa una ventaja –yo lo vería como un nicho de oportunidad– y aunque soy consciente de que el reconocimiento a nivel internacional está todavía muy atrasado y hay muchas cosas

que hacer, los sistemas internacionales de protección siguen siendo mucho más abiertos y flexibles que el nacional.

En nuestro sistema, no obstante que a nivel local hay grandes avances y que tenemos el artículo segundo constitucional, que todavía debe ser trabajado pero que está vigente, hay que ser muy conscientes de la complementariedad entre ambos sistemas. Yo creo que quienes se dedican a la defensa de los derechos indígenas a nivel local tienen que conocer muy bien el Sistema

Interamericano en su parte jurisdiccional, su parte cuasi-jurisdiccional y su parte política para hacerlo funcionar.

Voy a terminar con una frase del Rudolf Von Ihering, quien en su libro *La lucha por el derecho* hace un llamado fundamentalmente a los juristas al señalar que son ellos los que transforman el derecho, no los legisladores.

Ponente: Mario Solórzano

Director Jurídico de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos.

Me voy a enfocar básicamente en dos aspectos: por un lado, trataré el trabajo de esta nueva administración o de este nuevo gobierno federal para dar cabida a organismos intergubernamentales y no gubernamentales, internacionales y nacionales, con la finalidad de hacer una revisión de cuál ha sido la situación de los derechos humanos en general y también de los derechos de los pueblos indígenas en particular, y con ello, obtener un diagnóstico para poder proporcionar soluciones que sean adoptadas por el estado para lograr la vigencia de los derechos humanos. Por otro lado, me voy a enfocar en lo que hace la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos en relación con los pueblos indígenas.

La Comisión ha enfocado sus esfuerzos sobre todo para que el funcionamiento de las instituciones, principalmente las de procuración e impartición de justicia, se adecúen a los estándares internacionales; no sólo a los tratados, sino también a distintas directrices que son guías para la conformación del aparato estatal. En la Comisión Mexicana nos enfocamos principalmente en la procuración e impartición de justicia, porque consideramos que es una piedra angular de la democracia. En ese marco, retomamos las interpretaciones que ha emitido la Corte Interamericana en el sentido de que, para que realmente exista un Estado de Derecho, no basta el reconocimiento de los derechos y las libertades fundamentales, sino que además deben existir garantías –sobre todo de corte judicial– que permitan la protección de esos derechos fundamentales cuando estén enfrentados a un riesgo de vulneración, o bien, cuando ya efectivamente han sido conculcados.

Por otro lado, para que funcione una verdadera democracia, se requiere también la voluntad política, y ésta no sólo está reflejada en el reconocimiento de los derechos y libertades, sino también en la conformación de todo el aparato

estatal para que responda adecuadamente. Sólo así podríamos pensar que realmente estamos viviendo en un Estado de Derecho que pudiera dar cabida a la justicia social.

Así, con la llegada de la presente administración del nuevo gobierno federal, se abrieron puertas a diversos mecanismos. Se produjo una actitud positiva, y contrariamente a lo que se venía viviendo, se dio la ratificación de innumerables tratados internacionales de diversa índole, al igual que se logró dar un estatus no sólo de reconocimiento sino que también se aceptó la competencia jurisdiccional internacional. ¿Qué quiere decir esto? No sólo se aceptaba que algunos organismos revisores de derechos humanos nos dictaran algunas recomendaciones para hacer las modificaciones necesarias a las estructuras que permitían las violaciones de los derechos humanos, sino que también había la posibilidad de que el Estado mexicano fuera parte de un proceso judicial en el cual se enfrentara a posibles responsabilidades internacionales por el incumplimiento de los tratados, recibiendo por ese mismo hecho una sanción de corte judicial. Esto es muy importante; y se dio en 1998 con la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte), y muy recientemente con el reconocimiento del estatuto de Roma que da origen a la Corte Penal Internacional.

Después de este reconocimiento de derechos, y de la apertura a hacia grupos internacionales revisores de la vigencia de los derechos humanos, se abrió también la puerta a la cooperación internacional, y aquí voy a destacar dos puntos: la cooperación internacional en México para los derechos humanos logró un resultado magnífico al establecer un diagnóstico nacional que aglutinaba toda la serie de recomendaciones que habían vertido otros mecanismos de revisión a través de informes anuales de la CIDH, informes de las Naciones Unidas, informes específicos como el de la CIDH en 1998 para México,

o informes de las diversas relatorías, ya sea de la Organización de Estados Americanos o de las Naciones Unidas. Este diagnóstico fue logrado precisamente a partir de esta cooperación internacional con el gobierno mexicano de parte de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas.

El diagnóstico fue emitido en diciembre de 2003 y fue uno de los primeros esfuerzos de sistematización de las recomendaciones y de actualización de la situación de los derechos humanos en México, y sirvió de base para conformar una de las áreas más descuidadas en la política nacional, que era la generación de políticas públicas para los derechos humanos. Entonces, el diagnóstico sirve de base para la elaboración del Programa Nacional de Derechos Humanos, el cual también se enmarca en esta cooperación internacional y que surge de un esfuerzo conjunto entre distintas dependencias del gobierno, pero también con una fuerte participación de la sociedad civil.

En este sentido, una vez que las recomendaciones –derivadas de aproximadamente 65 visitas internacionales– fueran plasmadas en el diagnóstico y el Programa Nacional de Derechos Humanos, cabe preguntarnos, ¿qué nos toca hacer para enfrentarnos a la problemática de los derechos humanos? En este punto hay muchas puertas por abrir. Si bien es cierto que la participación de la sociedad civil, tanto en la elaboración del diagnóstico como en la del Programa Nacional, fue muy propositiva, hace falta todavía el conjuntar mayores esfuerzos y sobre todo más organizaciones que se enfoquen de manera específica en los temas que están señalados como prioritarios en el Programa Nacional de Derechos Humanos.

Al respecto, tanto en el Programa como en el diagnóstico, existe un capítulo específico para los derechos de los pueblos indígenas. Yo voy a destacar aquellas recomendaciones que tienen que ver con el sistema de justicia, que es donde la Comisión Mexicana ha venido trabajando. Sin embargo, no sólo hay recomendaciones para

transformar y mejorar el sistema de justicia en beneficio de los pueblos indígenas, sino que también hay recomendaciones que tienen que ver con sus derechos, como el derecho a la consulta, el derecho al aprovechamiento de su territorio, a su reconocimiento, a su autonomía política-territorial. Existe una buena aportación dentro del Programa para atender la situación de los pueblos indígenas. Yo los invito a darle un puntual seguimiento, tanto a las recomendaciones del diagnóstico como a las líneas estratégicas que están plasmadas en el Programa, y con ello, seguir impulsando la participación conjunta de la sociedad civil con el gobierno. De lo que se trata es de fomentar o crear una política pública que dé entrada a la participación de la sociedad civil. Si bien es cierto que en un inicio el diseño de esta política pública tuvo la participación de la sociedad civil, es necesario que continuemos con ellos hasta su ejecución, seguimiento, evaluación y modificación.

Me enfocaré ahora en lo que ha sido el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. La procuración y administración de justicia es el tema en donde con mayor frecuencia se ha manifestado la vulnerabilidad de los pueblos indígenas, pese a los esfuerzos que se han realizado para atenuar las violaciones a sus derechos. Se ha podido constatar que las entidades públicas de procuración y administración de justicia carecen todavía de recursos, mecanismos y estructuras para vigilar la estricta garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, es la justicia una de las demandas que con mucha insistencia los pueblos indígenas han planteado, y se centra en dos aspectos principales: en primer término, se reclama el acceso en condiciones de igualdad a la jurisdicción del Estado, es decir, que se imparta justicia eficaz con respeto a sus garantías individuales y a su diferencia cultural. Por otro lado, la demanda se plantea en términos de que se establezcan nuevos derechos fincados en el reconocimiento de sus especificidades culturales y étnicas. Así cobra vigencia y sentido la adecuación del aparato estatal y la adopción de medi-

das adecuadas y razonables para responder a estas demandas. Estas dos demandas –la adecuación del marco legislativo y la conformación del aparato estatal– son dos obligaciones pétreas que las van a encontrar en todos los tratados internacionales.

Ahora bien, dentro de las recomendaciones que tocan específicamente al sistema de justicia de los pueblos indígenas, voy a hacer reseña de las cinco que emitió la CIDH en su informe de 1998, y estamos confiados de que en la reciente visita del doctor José Zalaquet, Relator Especial para México de la CIDH, haya logrado recibir los insumos necesarios para verificar el cumplimiento de estas recomendaciones dictadas hace casi 10 años. Las cinco recomendaciones van a tocar puntos centrales, no sólo en materia de pueblos indígenas, sino también sobre la integralidad de los derechos humanos, la cual abarca tanto la conformación de los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas.

Estas recomendaciones son:

- Que se adopten las medidas y políticas públicas requeridas a fin de atender adecuadamente las necesidades de la población indígena mexicana, específicamente en áreas como la salud y educación.
- Que se restablezca y profundice las iniciativas de diálogo y paz, especialmente en las zonas de conflicto como Chiapas, a fin de que se adopten los acuerdos logrados (los acuerdos de San Andrés).
- Que los hechos criminales cometidos contra integrantes de pueblos indígenas, particularmente por agentes públicos o con su anuencia o tolerancia, sean investigados y sancionados conforme a ley.
- Que se proteja y atienda adecuadamente la situación de los indígenas desplazados por las zonas de conflictos.
- Que se adopten medidas para compartir y desactivar los grupos armados privados vinculados con la diligencia política y los sectores económicos, y que se promueva las re-

formas políticas, sociales y económicas requeridas para superar las causas de la violencia, con especial atención en zonas como el sur de Chiapas.

Por otra parte, el capítulo VI del diagnóstico del Alto Comisionado está dirigido al estudio de la situación de los pueblos indígenas y ahí se retoma muchísima información que se recabó en los seminarios regionales que se organizaron. Ustedes recordarán que hubo uno aquí en Oaxaca cuyos insumos se retomaron y se plasmaron en las conclusiones del diagnóstico y propuestas específicas para atender la situación. Es necesario que en sus reclamos, los pueblos indígenas usen como estrategia el resaltar todo lo que ya se ha denunciado o las propuestas que sobre esas denuncias los mecanismos internacionales han vertido.

En relación a los pueblos indígenas, el diagnóstico reconoce que es una práctica generalizada la detención de sospechosos sin ordenes de arresto, las detenciones arbitrarias, los allanamientos de morada, robo y toda una serie de violaciones a la libertad personal, a la integridad física, e incluso a la propia vida, donde las autoridades están involucradas. La existencia de una situación generalizada es muy importante a la hora de acudir a los sistemas internacionales ya que existen casos excepcionales en donde no es necesario agotar todos los recursos internos, lo que normalmente es un requisito indispensable para acudir a un sistema de protección internacional de derechos humanos.

Otro de los elementos que retoma este diagnóstico como algo que efectivamente está sucediendo en los pueblos indígenas son los abusos físicos y tortura contra detenidos indígenas, así como la poca efectividad de las denuncias que se han presentado al respecto. Asimismo, el diagnóstico reconoce que el MP y los jueces suelen ignorar las costumbres jurídicas indígenas, y que en ocasiones las sentencias dictadas están fuera de toda proporción en relación a los delitos imputados. También nota que hay un fuerte reclamo por parte de muchas organizaciones indíge-

nas y autoridades comunales para que se aplique el derecho establecido por sus propias costumbres y que en la comunidad es respetado pero que, por general, el poder judicial no reconoce. Además, el diagnóstico señala que todavía hay corrupción e impunidad en la procuración y administración de justicia, y reporta casos de abusos o incluso delitos cometidos por funcionarios públicos y en particular por elementos del ejército contra la población civil indígena.

El diagnóstico concluye con varias propuestas, algunas dirigidas al sistema de de justicia en su relación con los pueblos indígenas. Se reconoce que la reforma constitucional de 2001 le da un reconocimiento formal al derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, pero establece ciertos candados que hacen difícil su aplicación en la práctica. Por eso, determina que esta reforma debe ser revisada para lograr la paz en el país y garantizar los derechos humanos de los pueblos indígenas. Por otro lado, señala que en el proceso de modificación constitucional no fueron respetados los principios del Convenio 169 de la OIT, y propone al respecto dos modificaciones a nivel constitucional: la primera tiene que ver con la revisión de la reforma aprobada en 2001 con la finalidad de que se establezcan claramente los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de acuerdo a la legislación internacional vigente y con apego a los principios firmados en los acuerdos de San Andrés. La segunda propuesta es que las legislaturas de los estados elaboren, en consulta estrecha con los pueblos indígenas, la legislación correspondiente para el reconocimiento, la protección y la promoción de los derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas de cada entidad.

Estas propuestas sirvieron de base para elaborar el Programa Nacional de Derechos Humanos, en donde se establecen medidas específicas para el reconocimiento de los pueblos indígenas. Este es el último esfuerzo, el último eslabón de la cadena: la creación de una política pública y específica para el desarrollo de los pueblos indígenas.

La Comisión Mexicana se ha enfocado en el tema del acceso a la justicia principalmente a partir de los movimientos sociales de los pueblos indígenas, como por ejemplo el de los zapatistas. En estos casos, hemos usado como herramienta prioritaria para enfrentar a la maquinaria estatal el litigio jurisdiccional. Lo anterior se ha dado debido a que el Estado ha comenzado un proceso de criminalización de la protesta social, es decir, a fabricar delitos a aquellas personas que recurren al reclamo público para exigir sus derechos. En este caso, la Comisión Mexicana ha patrocinado juicios penales para tratar de liberar a los compañeros presos debido a esa criminalización de la protesta.

La razón de la protesta social por parte de los pueblos indígenas se debe a que comúnmente el aparato estatal toma decisiones que afectan a estos pueblos sin consultarles. Por ejemplo, ustedes me dirán si el gobierno llevó a cabo una consulta a los pueblos originarios del Istmo de Tehuantepec para que vertieran su opinión sobre el megaproyecto que se pretende impulsar en esa región. En este caso, se ha excluido el derecho de los indígenas para opinar sobre aquellas políticas públicas que se relacionan con sus territorios, usos y costumbres.

El derecho de consulta es algo que no está específicamente plasmado en la Constitución, pero una vez que se reconoce el derecho a la autodeterminación de los pueblos, resulta absurdo no abrir espacios de diálogo entre el Estado y los pueblos indígenas sin incurrir en una violación a los derechos humanos de los pueblos originarios. Por esta razón, podríamos buscar el amparo, o cualquier otro mecanismo jurisdiccional que nos diera luces sobre la problemática de exclusión de la opinión de los pueblos indígenas.

En este sentido, la Comisión Mexicana ha venido usando no sólo una estrategia de denuncia o movilización social sino también de uso de los mecanismos que proporciona el propio orden jurídico. Para nosotros, el litigio estratégico es una estrategia clave de trabajo.

Mucho de lo que ha conocido el Sistema Interamericano hasta ahora ha estado relacionado con la falta de recursos internos, o bien, porque los recursos existentes han sido ineficaces. Otra de las formas en que ha venido actuado el Sistema Interamericano ha sido a través de las medidas cautelares, aunque estas medidas sólo se enfocan en los derechos civiles y políticos sin tocar el tema de los derechos sociales. Cabe resaltar que prácticamente todas las medidas cautelares que tienen que ver con los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano han sido por la falta de respeto a las autoridades municipales elegidas bajo el régimen de usos y costumbres.

También podemos llegar al Sistema Interamericano a través de otros mecanismos, como las audiencias temáticas, como la que hubo este año sobre las violaciones al debido proceso de indígenas en Oaxaca, o la adopción de resoluciones dentro de casos o peticiones individuales concretas.

Pero lo único que se logra con esto es poner nuevamente la denuncia a nivel internacional de un tema o de un caso concreto pero las estructuras y recursos siguen ahí, y las recomendaciones que den cualquiera de estos mecanismos van a ir hacia abajo, hacia el Estado, quien deberá modificar su legislación, deberá adecuar sus prácticas a la legislación adoptada, deberá adoptar políticas públicas para erradicar la situación denunciada, etcétera.

Entonces, el Sistema Interamericano sí es una herramienta muy importante pero a la postre, todo regresa al Estado pues es él quien debe de realizar los cambios necesarios. Por esa razón, considero que primero debemos impulsar desde dentro a las instituciones y autoridades competentes, tanto del ejecutivo como del legislativo, pero también del sistema judicial, y una vez que hayamos dado todo el impulso posible, si aún no se ha resuelto el problema, tener al Sistema Interamericano como una herramienta más, un apoyo adicional al trabajo interno.