

Informe del Diagnóstico sobre

El acceso a la justicia para los indígenas en México

Estudio de caso en Oaxaca

Proyecto de implementación de las recomendaciones derivadas
del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México



**OFICINA EN MÉXICO DEL
ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS
PARA LOS DERECHOS HUMANOS**

DR © Por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2007
Alejandro Dumas No. 165
Col. Polanco, Delegación Miguel Hidalgo
C. P. 11560, México, D. F.

Publicado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida,
almacenada en un sistema de recuperación, o transmitida en cualquier forma
o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopiado,
de grabación o de cualquier otro tipo, sin la previa autorización del editor.

ISBN13: 978-92-1-354094-7

ISBN10: 92-1-354094-9

Coordinación editorial: Jan Perlin

Diseño y formación: Pablo Rulfo

Impreso en México

Este documento ha sido elaborado con la ayuda financiera de la Unión Europea.
En ningún caso debe considerarse que el análisis y recomendaciones del mismo
reflejan la opinión oficial de la Unión Europea.

5	PRÓLOGO
7	I. RECONOCIMIENTOS
11	II. INTRODUCCIÓN
15	III. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA
31	IV. EJES DE ANÁLISIS Y DERECHOS HUMANOS RELEVANTES
32	Primera parte. Ejes de análisis
32	1. Identidad étnica e identidad indígena
32	<i>¿Cómo entendemos la identidad étnica?</i>
35	<i>El derecho a la libre determinación y la autonomía</i>
39	<i>El derecho a la autoadscripción</i>
40	<i>¿Cuál es la práctica procesal?</i>
42	2. Derecho de acceso a la justicia
43	<i>Acceso a la justicia: pluralismo jurídico y dimensión indígena</i>
46	<i>Acceso a la justicia y jurisdicción indígena</i>
47	<i>Acceso a la justicia: indígenas en procesos o juicios frente al Estado</i>
49	Segunda parte. Derechos humanos relevantes
49	1. Derecho a la jurisdicción indígena
49	<i>¿Cómo se define este derecho?</i>
55	<i>Prácticas y percepciones observadas</i>
59	<i>Distribución de competencias y articulación de los sistemas indígena y estatal</i>
67	<i>El ejercicio de la jurisdicción indígena en Oaxaca desde la perspectiva de los derechos humanos</i>

76	<i>Articulación de los dos sistemas jurisdiccionales</i>
78	<i>Prácticas y percepciones de los actores del sistema de justicia en cuanto a la relevancia de la identidad y jurisdicción indígena en el sistema de justicia estatal</i>
83	2. Derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres, prácticas y normas indígenas dentro de los procesos del Estado
83	<i>¿Cómo se define este derecho?</i>
85	<i>Fundamento de este derecho</i>
89	<i>¿Cuáles son los principales obstáculos para la realización de este derecho?</i>
93	<i>Prácticas observadas</i>
97	a. Derecho a la aplicación de una pena alternativa a prisión
97	<i>¿Cómo se define este derecho?</i>
98	b. Derecho a la defensa adecuada y su relación con el derecho al traductor y/o intérprete
98	<i>¿Cómo definimos el derecho a la defensa?</i>
100	<i>¿Cuál es la práctica procesal?</i>
111	c. Derecho al traductor y/o intérprete
111	<i>¿Cómo definimos el derecho al traductor y/o intérprete?</i>
114	<i>¿Cuál es la práctica procesal?</i>
125	3. Derecho a la seguridad e integridad personal y a la libertad
125	<i>¿Cómo se relacionan estos derechos?</i>
129	<i>¿Cuál es la práctica?</i>
131	<i>Análisis metodológico: clasificación de casos de tortura y malos tratos</i>
137	<i>Tortura y confesión</i>
140	<i>Patrones de actuación de las autoridades</i>
145	V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES
148	<i>Derecho a la jurisdicción indígena</i>
152	<i>Derecho a la autoadscripción</i>
154	<i>Derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas dentro de los procesos del Estado</i>
157	<i>Derecho a la aplicación de una pena alternativa a prisión</i>
158	<i>Derecho a la defensa adecuada y su relación con el derecho al traductor o intérprete</i>
161	<i>Derecho al traductor o intérprete</i>
164	<i>Derecho a la seguridad e integridad personal y a la libertad</i>
167	<i>Derechos de las mujeres indígenas</i>
169	VI. ANEXOS

La Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Louise Arbour, ha señalado que uno de los grandes retos que se enfrentan en todo el mundo en materia de derechos humanos es el de “salvar la distancia que existe entre el discurso de los derechos humanos y las crudas realidades que pueden encontrarse sobre el terreno”.¹

En este sentido el *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*, realizado por la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) constató que en el país existen un conjunto de obstáculos que impiden a las personas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas el pleno goce y ejercicio de sus derechos humanos, especialmente del derecho al acceso a la justicia.

Ante esta situación la OACNUDH realizó un estudio de campo en uno de los estados de la República con mayor presencia indígena (Oaxaca). Con base a la evidencia empírica recabada en el estudio, se detectaron los principales obstáculos normativos y prácticos que impiden un pleno acceso a la justicia de las personas indígenas. Las recomendaciones puntuales que derivan del estudio están dirigidas a las autoridades del Estado para que tomen las acciones concretas para remediar los problemas identificados.

Además de ello, el presente estudio pretende generar un esfuerzo de reflexión en torno a los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Es por ello, que su desarrollo gira en torno a dos ejes de análisis: la identidad indígena, referidas a las consecuencias jurídicas que conlleva el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico, y el del derecho al acceso a la justicia de las personas indígenas, centrándose de manera especial en el ejercicio de la jurisdicción indígena como elemento fundamental del derecho a la libre determinación.

¹ Cfr. Plan de Acción presentada por la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en respuesta del Informe presentado por el Secretario General titulado: “Un concepto más amplio de libertad.” A/59/2005/Add.3, §2.

Otro valor agregado del presente estudio se encuentra en su metodología. El diagnóstico explora cada derecho desde tres planos distintos: en primer lugar realiza un análisis conceptual del derecho, en segundo lugar un análisis jurídico que toma en cuenta tanto los estándares internacionales como la normatividad federal y local; y, en tercer lugar, hace un análisis empírico en el que se señalan cuáles son las prácticas y percepciones observadas en torno al ejercicio de cada derecho y los principales obstáculos que se observan para su plena vigencia. Con ello, se pretende proponer un esquema de trabajo que puede servir de referente para desarrollar futuros estudios dirigidos a conocer la realidad sobre la operación práctica de los derechos, y por tanto valiosos para el diseño e implementación de políticas públicas en materia de derechos humanos.

Es importante destacar que la metodología empleada adopta un enfoque interdisciplinario que permitió captar, de manera integral, todas las facetas de la problemática que se presenta en torno al acceso a la justicia de los miembros y comunidades integrantes de los pueblos indígenas.

La realización de este Informe no hubiera sido posible sin la buena disposición y la plena cooperación de las instituciones del Estado de Oaxaca y federales, así como de las organizaciones de la sociedad civil, que mostraron gran sensibilidad y compromiso en el tema de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas.

El propósito que inspiró la labor de investigación y análisis que en él se contiene no es otro que el de fortalecer las instituciones del Estado mexicano para que los derechos humanos que ha reconocido a nivel internacional y nacional sean una realidad para todas y para todos sin ningún tipo de discriminación.

AMERIGO INCALCATERRA
*Representante en México de la Alta Comisionada
de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*

I Reconocimientos

Este ejercicio ha sido posible gracias a la valiosa cooperación de las autoridades y funcionarios de los poderes ejecutivo y judicial del estado de Oaxaca, en especial la Subsecretaría de Derechos Humanos, la Secretaría de Protección Ciudadana, la Secretaría de Asuntos Indígenas, la Procuraduría para la Defensa del Indígena, la Procuraduría General de Justicia y el Tribunal Superior de Justicia. Asimismo, se agradece el apoyo y la participación de la Comisión Estatal de Derechos Humanos en la realización del presente diagnóstico.

En este mismo sentido es preciso señalar la activa participación de la delegación en Oaxaca del Instituto Federal de Defensoría Pública, que tomó el intercambio propiciado por el ejercicio del diagnóstico como una oportunidad para perfeccionar el desempeño de su profesión. También cabe destacar los aportes realizados por la delegación de la Procuraduría General de la República en Oaxaca, al facilitar el conocimiento de las perspectivas que sus funcionarios tienen respecto a los derechos indígenas. De igual manera son de agradecer los esfuerzos de los jueces federales por dar a conocer información relevante sobre el funcionamiento de la justicia penal federal. La participación de las instituciones y funcionarios de los sistemas de justicia estatal y federal en este estudio, y en la reflexión que ha generado, representa un significativo primer paso hacia la efectiva implementación de los derechos indígenas.

Cabe apuntar que tanto la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) como el ejecutivo del estado de Oaxaca llevaban a cabo otras actividades paralelas al trabajo del diagnóstico, con el objetivo de beneficiar a las personas indígenas privadas de su libertad. En Oaxaca se realizó una campaña masiva de excarcelación de presos —entre ellos presos indígenas— al tiempo que en el ámbito federal la CDI promovió un convenio con la Secretaría de Seguridad Pública Federal con idéntica finalidad. Además, desde hace varios años la CDI cuenta con un programa de excarcelación de presos indígenas y de asesoramiento en defensas de indígenas, orientado a hacer valer la multiculturalidad en México.

No habría sido posible, sin embargo, completar este estudio sin la participación de autoridades indígenas de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca, quienes

aportaron sus experiencias y perspectivas práctica y filosófica sobre el funcionamiento del sistema de justicia indígena y su articulación con el sistema de justicia penal estatal. De igual manera, se ven reflejadas en el diagnóstico las perspectivas y experiencias de algunos abogados de la sociedad civil, quienes participaron en entrevistas y dieron a conocer cómo viven ellos la problemática de los derechos indígenas, en su doble calidad de litigantes y defensores de los derechos humanos.

Si bien la apertura y disposición de las mencionadas instituciones, autoridades, funcionarios y organizaciones de la sociedad civil resultaron esenciales para la elaboración de este diagnóstico, el respaldo de los académicos que apoyaron la realización del mismo fue imprescindible para asegurar el mayor nivel de certeza científica y jurídica en el diseño de los instrumentos de recopilación de información, su aplicación en el terreno y el análisis de los resultados aquí vertidos. Prestaron generosamente su tiempo, conocimiento y dedicación profesional Layda Negrete y Alfredo Ramírez, del Centro de Investigaciones y Docencia Económicas (CIDE), junto con sus colaboradores Lucy Maya, Melina Villagómez, Anamaría Ibarra, Ana Dulce Aguilar, Guadalupe Barrera, Carlos González, Brisna Beltrán y Mónica Sarralde estudiantes y asistentes de investigación de dicho organismo; Marcela Tovar Gómez, de la Universidad Pedagógica Nacional; Elena Azaola, del Centro de Investigaciones y Estudios Antropológicos y Sociales; y José Antonio Caballero, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México, y los becarios del mismo instituto, Rodrigo Meneses y Tomás Herrera; y expertos nacionales e internacionales que aportaron diversos comentarios y perspectivas de análisis. Se agradece en especial a María Antonieta Gallart, Elia Avendaño, Cristina Hernández, Yuri Escalante y Eduardo Martínez de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas por su acompañamiento y asesoría.

Por último, merece especial reconocimiento la participación de numerosas personas privadas de su libertad, tanto indígenas como no-indígenas, quienes compartieron con el equipo de entrevistadores sus historias personales.

Equipo del Proyecto

“Implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México”

Directora del Proyecto: Jan Perlin

Fase de levantamiento: *Coordinación*

Elisa Cruz Rueda, Alejandro Antonio Díaz Hernández, Erika Lili Díaz Cruz, Karina Espinoza Alcázar, Félix Hernández Pizarro, José Juan Julián Santiago, Mercy Bertzabet Martínez Córdoba, Efraín Velásquez Antonio

Investigadores Jurídicos

Aquiles Felipe Carrasco, Laura Elena Fiallo Sandoval, Verónica Hernández Ferrer, Eduardo Lozano López, Guadalupe Merino Martínez, Juan Carlos Morales López, Bardomiano Morales Vásquez, Kain Morales Vidal, José Ruiz Martínez, Iris Ruiz Orozco, Antonio Sánchez Lázaro, Marcos Shilón Gómez, Gerardo Velasco Martínez

Capturistas

Oswaldo Esau Amador, Oscar David Argüelles Abdain Barroso Juárez, Andrés Noe Calderón Ary Max Gómez, Constantino David Ruiz

Fase de sistematización y análisis de los datos: Dorothy Estrada Tanck, Félix Hernández Pizarro, Anamaria Ibarra, Lelia Jiménez, José Juan Julián Santiago, Juan Carlos Martínez

Martínez, Juan Carlos Morales López, Layda Negrete, Jan Perlin, Marcela Tovar Gómez, Efraín Velásquez Antonio

Fase de redacción: Dorothy Estrada Tanck, José Juan Julián Santiago, Juan Carlos Martínez Martínez, Layda Negrete, Jan Perlin, Carolina Pimentel

Fase de asesoría y capacitación para la defensa de casos concretos: *Consultores*

Erika Lili Díaz Cruz, Norma González, Cecile Lachenal, Eduardo Lozano López, Elizabeth Márquez, Juan Carlos Martínez Martínez, Juan Carlos Morales López, Nahiel Sánchez, Efraín Velásquez Antonio

II Introducción

El presente estudio sobre el acceso a la justicia para indígenas en materia de la resolución de conflictos penales se llevó a cabo a manera de seguimiento de las recomendaciones contenidas en el Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, elaborado por la Oficina en México¹ del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH). Dicho estudio fue realizado por la OACNUDH en el marco del convenio de colaboración entre esa oficina y el Gobierno de México, con la interlocución de la Subsecretaría para Asuntos Multilaterales y Derechos Humanos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la asesoría y apoyo directo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) y el financiamiento de la Comisión Europea.² El trabajo de campo se llevó a cabo entre marzo de 2005 y febrero de 2006.

Como punto de partida fueron tomadas como referencia las recomendaciones ya existentes tanto del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, como las recomendaciones del propio diagnóstico de la OACNUDH.

Con relación al derecho a la jurisdicción indígena el Relator Especial ha recomendado que:

“[E]l derecho indígena (costumbre jurídica) deberá ser reconocido y respetado en toda instancia judicial que involucre a una persona o comunidad indígena y deberá ser incorporado en una nueva concepción de la justicia indígena.”³

¹ <http://www.hchr.org.mx/publiydocu.htm>

² Dicho financiamiento se inscribe en el marco del proyecto “Implementación de las Recomendaciones Derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México”, llevado a cabo por la OACNUDH.

³ Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, referente a México. E/CN.4/2004/80/Add.2 (23 diciembre de 2003), párrafo 93.

Asimismo, ha declarado:

“El gobierno federal y los gobiernos estatales deberán reconocer, respetar y apoyar a las policías comunitarias, juzgados indígenas y otras formas de solución de conflictos propias de los pueblos indígenas”.⁴

Este pronunciamiento también es relevante para la aplicación del derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres, prácticas y normas indígenas dentro de los procesos del Estado, y opera cuando existe jurisdicción estatal en un caso que involucre a una persona o colectividad indígena. A su vez, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas afirma, en su Artículo 39:

“Los pueblos indígenas tienen el derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y una pronta decisión sobre esas controversias, así como a recursos eficaces para toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. *En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados* y las normas internacionales de derechos humanos.”

Tales recomendaciones constituyeron puntos de partida para este diagnóstico, en tanto las conclusiones y recomendaciones del presente informe son resultado de una mirada empírica y detallada a la justicia para indígenas en el estado de Oaxaca. Su finalidad es contribuir y retroalimentar el proceso de reflexión sobre cómo mejorar la implementación de los derechos de los habitantes, y en especial de los pueblos indígenas, respecto a la administración de la justicia penal en México, proceso que ocupa un lugar central en el debate nacional sobre la consolidación de la democracia mexicana.

En concreto, este estudio registra la perspectiva del indígena sobre la operación del sistema de justicia penal, basado en el relato de las experiencias individuales y prácticas de personas en reclusión. Incluye además, la perspectiva reflejada en los expedientes de sus procesos, así como las de los actores del sistema de justicia y de las autoridades indígenas que también ejercen facultades en la resolución de conflictos. Todas

⁴ Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México de esta Oficina —publicado en 2004—, capítulo 6, “Derechos de los Pueblos Indígenas”, 6.11 Propuestas, “La justicia”, p. 160. Esta recomendación primero fue vertida en el párrafo 96 del Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, referente a México. E/CN.4/2004/80/Add.2 (23 diciembre de 2003). El Relator Especial también recomienda que “las comunidades y pueblos indígenas que apliquen las costumbres jurídicas tradicionales deben hacerlo con el más estricto respeto a los derechos humanos individuales universales establecidos en la legislación internacional y nacional, con especial atención a los derechos de las mujeres.” Párrafo 94.

estas perspectivas son examinadas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos a que se suscribe México.

Aun cuando las fuentes de información se concentran en el estado de Oaxaca, el análisis arroja conclusiones generales que son aplicables tanto a nivel de otras entidades federativas como a escala nacional. La ventaja de realizar el estudio en Oaxaca fue contar con un número considerable de población perteneciente a un pueblo indígena, lo que permitió conocer, en base a una muestra numérica significativa, la experiencia de personas indígenas frente a los sistemas de administración de justicia estatal y federal. La colaboración de las autoridades del estado de Oaxaca permitió que se llevara a cabo dicho ejercicio, al prestarse a la identificación del universo de personas indígenas y no-indígenas privadas de su libertad en los centros de reclusión estatales, para así determinar una muestra representativa que diera certeza a las conclusiones aquí reportadas.

Respecto a su aplicabilidad a otros estados, los lectores sabrán ajustar los análisis y conclusiones a las características específicas de sus variados entornos, sin perder de vista el objetivo primordial de este ejercicio: la implementación de los derechos indígenas como parte de la garantía general de los derechos humanos, en aras de asegurar el respeto a la dignidad humana en forma práctica y cotidiana.

El presente diagnóstico empírico se centra en seis derechos principales relacionados con los derechos indígenas y con el debido proceso, sobre cuya operación práctica fueron postuladas varias hipótesis. En base a éstas, y tomando en cuenta el marco teórico-jurídico nacional, así como el derecho internacional de los derechos humanos, se diseñaron instrumentos de recopilación de información que fueron ejecutados en el terreno por un equipo de investigadores con conocimiento del sistema penal estatal e indígena, y específicamente capacitados para su aplicación. Como se detalla en la introducción metodológica que sigue, la información empírica recopilada por el equipo de investigadores y sistematizada por un equipo ampliado que contó con expertos en estadística, ciencias sociales, derechos indígenas y funcionamiento de sistemas de justicia penal, constituye la base principal del análisis y las conclusiones y recomendaciones de este diagnóstico.

III Introducción metodológica

Objetivos del estudio

El propósito principal de este estudio es documentar el trato que recibe la población indígena dentro del sistema de justicia penal. De especial interés fue conocer la práctica de cumplimiento de los derechos específicos a la población indígena y éstos en relación con los derechos generales de debido proceso que se expresan en normas nacionales e internacionales y son considerados, además, por la legislación nacional.

En este sentido, para el diseño de los instrumentos de recopilación de información se formularon hipótesis respecto a la forma del cumplimiento, en la práctica, de seis derechos específicos que se reconocen a la población indígena. Con base en dichas hipótesis se hicieron preguntas relacionadas con su posible manifestación durante el trayecto de un caso penal dentro del sistema de justicia estatal. Por ejemplo, se postuló que los inculpados indígenas bilingües muchas veces no cuentan con traductores o intérpretes en su proceso. Sin embargo, constatar la mera ausencia del traductor o intérprete no proporcionaría la pauta de cómo podría afectar ese hecho a los otros derechos que tienen las personas indígenas que se ven involucradas en el sistema estatal de justicia penal. Por lo tanto se formularon, además, preguntas orientadas a precisar la calidad de la comunicación, las oportunidades y los niveles de comprensión del inculpado en su interacción con los actores del sistema de justicia, incluyendo a los abogados defensores.

Específicamente, se buscó comprender y evaluar los efectos de la falta de traductor o intérprete en términos interculturales. Para ello fue postulada una serie de preguntas tanto al recluso como en relación con su expediente, que reflejaran la relación de aquél con su defensor, su nivel de comprensión de los procedimientos, sus percepciones y los registros sobre su intervención y la de su defensor en el proceso. Se indagó, además, acerca de la apreciación de los reclusos respecto al desempeño de varios actores del sistema de justicia penal. Por otra parte, se buscó conocer hasta qué punto el sistema de justicia penal estatal ha reflejado elementos culturales indígenas en los procedimientos, tales como la toma en cuenta de los usos, costumbres y normas

indígenas, el reconocimiento o constatación del ejercicio de la jurisdicción indígena, o el bilingüismo y otras manifestaciones de la multiculturalidad.

Estas hipótesis fueron probadas mediante la aplicación de los instrumentos de recopilación de información diseñados en el ámbito del proyecto y que abarcaron las encuestas estructuradas a presos y a sus respectivos expedientes, así como entrevistas semiestructuradas con los otros actores del sistema, autoridades de comunidades indígenas, y abogados de organizaciones de la sociedad civil que litigan casos.

De esta manera, fueron desarrollados diversos instrumentos¹ para conocer la aplicación práctica de los siguientes derechos:

1. al traductor o intérprete;
2. a que sean tomados en cuenta los usos y costumbres de las comunidades indígenas a lo largo del proceso penal;
3. a la autoadscripción;
4. a que las autoridades estatales y federales reconozcan los sistemas normativos indígenas;
5. a la defensa adecuada; y
6. a la integridad, seguridad física y a la libertad.

Fuentes de información

Las fuentes de información generadas en torno al estudio realizado fueron varias y de carácter tanto cualitativo como cuantitativo, y clasificadas en primarias y secundarias. Todos los instrumentos de recopilación de información fueron específicamente diseñados a propósito del diagnóstico y aplicados por el personal del proyecto. La mayor parte de la información se recabó a partir de las siguientes fuentes:

- La encuesta aplicada a una muestra de personas que se encontraban en reclusión en el estado de Oaxaca dentro del periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005.
- La encuesta realizada con base en los expedientes penales de las personas encuestadas en la muestra anteriormente referida.
- La encuesta aplicada a una segunda muestra sólo de expedientes penales del fuero

¹ Lista de instrumentos: Ficha de entrevista a reclusos, Ficha de encuesta a expedientes, Guía de entrevistas a autoridades de comunidades indígenas, anexo I, Guía de entrevistas a actores del sistema, anexo II, Guía de entrevistas a abogados de organizaciones de la sociedad civil, anexo III. Los instrumentos diseñados y utilizados para la recopilación de información, así como para desarrollar el programa de capacitación a los entrevistadores, más el texto del presente informe y anexos que lo acompañan, pueden ser consultados en la página web: <http://www.hchr.org.mx>.

común iniciados en 2004 en el estado de Oaxaca y que cubren casos tanto de reclusos como de personas en libertad.

- Las entrevistas realizadas a actores del sistema en la entidad oaxaqueña, tanto federales como estatales, mediante la metodología de grupos focales y en base a sus respectivas guías.
- Las entrevistas efectuadas a autoridades de comunidades indígenas en una selección de comunidades en Oaxaca, también con base en la metodología de grupos focales y en una guía.
- Las entrevistas realizadas a abogados de organizaciones de la sociedad civil, en base a una guía.
- El análisis de algunas resoluciones de la Comisión Estatal de Derechos Humanos (proporcionadas por ese organismo).
- El análisis de legislación estatal, federal, internacional y de jurisprudencia comparada.

Tanto la encuesta a personas en reclusión como las entrevistas semiestructuradas a actores del sistema, abogados de organizaciones de la sociedad civil y autoridades indígenas se basan en el postulado de que la información de percepción es real y susceptible de cuantificación. Mientras se reconoce que existen ciertos espacios para la distorsión o equivocación, la variedad de fuentes y la sistematización y contraste de la información permiten rastrear tendencias importantes respecto a la operación del sistema. Estos ejercicios benefician el diseño de políticas públicas que valoran la percepción y experiencia de los usuarios y operadores del sistema de justicia. En tal sentido, se permite la construcción de un sistema que responde a la realidad y expectativas de la sociedad.

A continuación se explica el proceso seguido en cuanto al diseño de los instrumentos, capacitación de los investigadores, pilotaje de los referidos instrumentos y sistematización de la información.

Encuesta a personas en reclusión

Dicha encuesta estuvo dirigida a personas reclusas en las cárceles del estado de Oaxaca,² con la finalidad de registrar su percepción y experiencias con el sistema de justicia estatal. Se estima que aun cuando la información de percepción, tanto de los reclusos como de los propios actores del sistema de justicia, así como de las autoridades indíge-

² En total, el sistema penitenciario en Oaxaca está compuesto por 30 centros de reclusión, 28 cárceles generales, una femenil y una psiquiátrica. Se llevaron a cabo encuestas en 18 de estos reclusorios (no se incluyó la cárcel psiquiátrica).

nas, no fuera totalmente objetiva, era especialmente valiosa para conocer la interpretación de las razones de ser y actuar de quienes intervienen en dicho sistema, y la forma en que el mismo se inserta y opera dentro de una sociedad multicultural. Como consecuencia, la información recabada sistemáticamente en las encuestas a personas en reclusión resulta válida para mostrar tendencias en la operación del sistema de justicia desde la perspectiva de los que se ven inmersos en él. De la misma manera, mientras los expedientes son creación de un proceso en el que inciden varios actores, fue posible contrastar los datos registrados en aquellos con informaciones tales como las de percepción y experiencia, para lograr una visión más amplia sobre la operación del sistema. Finalmente, las entrevistas semiestructuradas sirvieron para contextualizar las tendencias estadísticas, lo que permitió un análisis detallado de éstas.

La encuesta a personas en reclusión recabó, como se ha dicho, las percepciones de personas que transitan o han transitado el proceso penal privadas de su libertad en el estado de Oaxaca. Las personas encuestadas se encontraban en reclusión al momento del levantamiento de la información (esto es, como también se ha señalado, el periodo comprendido entre junio y diciembre de 2005).

El cuestionario utilizado incluyó preguntas cerradas y abiertas, las cuales quedaron registradas en bases de datos diferentes. El instrumento fue administrado por trece encuestadores, siete de ellos con dominio de un idioma indígena. En aquellos casos en que la persona encuestada prefería responder en un idioma que no dominaba ninguno de los encuestadores, se contrataron traductores o intérpretes, seleccionados de acuerdo con criterios de calidad desarrollados por el mismo equipo y que posibilitaran administrar adecuadamente la encuesta.

Diseño de la muestra de personas en reclusión

Fueron encuestadas más de 1,000 personas recluidas, lo que representa cerca de 25% del total de la población en reclusión en la entidad oaxaqueña al momento de diseñar la muestra. Ésta se definió a partir de los censos penitenciarios que elaboraron las autoridades de cada reclusorio oaxaqueño para el estudio y que fueron entregados al equipo de investigación por la Secretaría de Protección Ciudadana del estado.

En los mencionados censos, plasmados en forma de listas, se especificaban los datos generales de las personas en reclusión, incluido si éstas se encontraban privadas de su libertad en razón de un juicio penal del fuero común o federal y si habían sido clasificadas como indígenas por la autoridad penitenciaria. En la mayoría de los casos los registros incluían el número o números de expedientes o causas penales de las personas censadas.

El diseño de la muestra contempló una selección aleatoria de personas en reclusión a lo largo de todo el estado. Para lograr esta representatividad regional fueron

encuestadas personas en cuando menos dos reclusorios por cada región administrativa, generándose de tal modo una muestra estratificada. Los reclusorios visitados para la realización del estudio fueron seleccionados a partir de un proceso que incluyó el azar, aplicándose un criterio de selección geográfica que buscó, además, maximizar la cantidad de indígenas encuestados apuntalando –con la consideración de diversos factores– los lugares de reclusión con mayor población indígena.

Dicho diseño incluyó, asimismo, a personas reclusas consideradas no-indígenas. La inclusión de no-indígenas en el diagnóstico era importante ya que la evaluación de trato a indígenas exigía un marco de referencia, por lo que el grupo de no-indígenas se convirtió en un elemento de control contra el cual fue posible contrastar las experiencias de los indígenas. Como se puede leer en las secciones de análisis de este reporte, hay rubros donde la diferencia de trato entre indígenas y no-indígenas es claramente observable, en tanto existen otros donde no se advierte una diferencia estadísticamente comprobable. Así las cosas, frente a la necesidad de probar o descartar que existe un trato diferenciado en condiciones de igualdad entre ambos grupos, la inclusión de no-indígenas en la muestra era indispensable.

Otra de las características de la muestra es que incluyó a indígenas, mujeres y personas procesadas o sentenciadas por delitos federales en mayor proporción que la existente en el universo de personas reclusas. Por ejemplo, los indígenas presos representan alrededor de 30% de las personas en reclusión en el estado de Oaxaca;³ sin embargo, en la muestra el porcentaje de personas indígenas suma 64% del total de encuestados.⁴ De igual forma fueron incluidas todas las mujeres en reclusión identificadas como indígenas de forma deliberada. Esta decisión de sobrerrepresentar en la muestra a algunos sectores sin dejar de lado la selección al azar, respondió a la necesidad de contar con suficientes observaciones sobre grupos de estudio de interés.

Las siguientes tablas detallan la composición de la muestra ejecutada de personas en reclusión, con base en la identificación de la característica indígena realizada por la autoridad penitenciaria de Oaxaca.

³ Este dato es de acuerdo con la clasificación que realiza el sistema penitenciario.

⁴ Diseño muestral • Indígenas en reclusión

	FRECUENCIA	PORCENTAJE
Indígena	663	64%
No-indígena	367	36%
Total	1030	100%

MUESTRA EJECUTADA DE ACUERDO CON IDENTIFICACIÓN INDÍGENA POR LA AUTORIDAD PENITENCIARIA ESTATAL			
	MUJERES	HOMBRES	TOTAL
Indígenas	28	635	663
No-indígenas	53	314	367
Total	81	949	1030
	FEDERAL	LOCAL	TOTAL
Indígenas	81	582	663
No-indígenas	83	284	367
Total	164	866	1030

¿Cómo identifica el estudio a los indígenas en reclusión?

Para el diseño de la muestra y la inclusión en ella de indígenas se tomó como base la identificación que realizaron las autoridades penitenciarias; esto es, una vez que el director de un reclusorio identificaba a alguien como indígena, la persona era sorteada como tal para fines muestrales. La identificación de indígenas por las autoridades, sin embargo, fue asumida por el estudio como una clasificación tentativa, ya que la encuesta permitió que cualquier persona en reclusión se autoadscribiera como indígena independientemente de la clasificación de las autoridades. De esta forma, en función de ciertas preguntas incorporadas en una sección especial se permitió que personas no reconocidas como indígenas por las autoridades pudieran ser reconsideradas como tales dentro del estudio.⁵ De igual manera, algunas personas consideradas indígenas por el sistema estatal fueron identificadas como no-indígenas a raíz de la encuesta.⁶

Además de la variable de autoadscripción, el equipo que participó en el análisis de la base de datos consideró necesario construir una variable específica que permitiera incluir en el estudio a toda la población susceptible de hacer valer derechos específicos de indígenas. En la designación de los criterios a ser tomados en cuenta para este ejercicio participaron antropólogos, abogados, sociólogos y pedagogos. El grupo determinó que el criterio principal para incluir a personas en esta variable sería la autoadscripción,

- ⁵ En 89 casos la entrevista al recluso resultó en la recalificación como indígena de personas que habían sido calificadas por el sistema penitenciario como no-indígenas (ver cuadro titulado "Construcción de la variable indígena").
- ⁶ Este escenario se dio en un total de 12 casos. Sólo en dos de ellos las personas afirmaron —en la entrevista— ser indígenas. Esta afirmación se basó en la generalización "todos somos indígenas". Obviamente, el derecho a la autoadscripción no incluyó las autoidentificaciones carentes de cualquier manifestación de pertenencia a un pueblo indígena.

pero que se considerarían algunos criterios adicionales respecto al dominio de un idioma indígena y de los vínculos activos que pudiera tener una persona con una comunidad indígena. Esta variable fue denominada *variable indígena agregado* e incluyó a las personas que se autoadscribieron como indígenas. Abarcó también a personas que manifestaron tener un idioma indígena como lengua materna, más unas cuantas personas encuestadas que dijeron no saber qué significaba ser indígena, pero que al responder a preguntas específicas, expresaron mantener fuertes vínculos con su comunidad de origen indígena, a tal grado que su pertenencia a la misma resultó evidente.⁷

La diferencia en número de las personas originalmente identificadas como indígenas por las autoridades penitenciarias y las finalmente incluidas como tales en el estudio fue de 77 personas. Así, mientras 663 de 1030 personas habían sido originalmente identificadas como indígenas por las autoridades, el grupo de estudio determinó que 740 personas de ese mismo total deberían ser consideradas indígenas. La siguiente tabla detalla las aludidas diferencias de clasificación.

DIFERENCIAS ENTRE EL DIAGNÓSTICO Y EL SISTEMA PENAL EN LA CLASIFICACIÓN DE PERSONAS CON CARACTERÍSTICA INDÍGENA				
		SISTEMA PENAL		TOTAL
		ES INDÍGENA	NO ES INDÍGENA	
DIAGNÓSTICO	No es indígena	12	278	290
	Es Indígena	651	89	740
	Total	663	367	1030

Por lo tanto, la muestra *ejecutada* es de 28% de no-indígenas, frente al 72% de personas indígenas encuestadas, como lo describe el cuadro que sigue.

MUESTRA EJECUTADA DE ACUERDO CON IDENTIFICACIÓN INDÍGENA POR ENCUESTADORES		
	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No-indígena	290	28%
Indígena	740	72%
Total	1030	100%

⁷ Se buscó calificar la pertenencia indígena en base a criterios objetivos para propósitos del estudio y en reconocimiento a que, en el contexto jurídico, la autoadscripción es opción de quien la ejerce. Sin embargo, y como se hace constar más adelante, hay condiciones que desincentivan el ejercicio de ese derecho y que tendrían que ser superadas para el pleno goce del mismo. Claramente, las consecuencias de su ejercicio dependerán de los hechos específicos de cada caso. El *diseño inicial* de la muestra se basó sólo en la calificación como indígena realizada por el sistema penitenciario.

La encuesta a personas en reclusión tiene, como toda fuente de información, algunas limitaciones. Como se deduce del diseño de la muestra no fueron encuestadas personas que viven un proceso penal en libertad o quienes son condenados a sentencias no privativas de la libertad.

Encuesta con base en los expedientes de personas en reclusión

Este ejercicio recabó información de los procesos penales asociados con las personas en reclusión que fueron encuestadas. De tal modo, una vez que la persona había sido contactada y encuestada en un reclusorio se localizó su expediente judicial y se recabó la información del correspondiente proceso penal. El levantamiento de las encuestas basadas en los expedientes no necesariamente fue, en cada caso, llevado a cabo por quien realizó la entrevista a la persona recluida.

El cuestionario utilizado para la encuesta recopiló información de referencia sobre el caso, así como sobre la manera en que fue llevado el proceso, conforme el mismo quedó reflejado en el expediente judicial. El cuestionario obligó al encuestador a realizar ciertas apreciaciones sobre aspectos sobresalientes de su revisión del expediente. Sin embargo, no se realizó un análisis jurídico en profundidad de cada caso.

El diseño de la muestra de expedientes es, por ende, un espejo del diseño de la muestra referida a las personas en reclusión. No obstante, al momento del levantamiento no fue posible localizar todos los expedientes de las personas encuestadas. La falta de localización de esos expedientes fue especialmente importante en los casos de personas recluidas por delitos federales. En tales casos, no todos los juzgados de distrito de Oaxaca ofrecieron un acceso homogéneo.⁸ La localización de expedientes fue mucho mayor en el fuero común. En tribunales locales, donde se contó con libertad de acceso garantizada por el Tribunal Superior de Justicia de Oaxaca, los problemas de localización se debie-

⁸ Pudieron ser encuestados sólo 44 expedientes federales de los 164 contenidos en la muestra, a pesar de haberse cumplido con la entrevista al recluso(a). De los 120 expedientes federales restantes se solicitó acceso a las sentencias definitivas de 40 casos más de indígenas, lo que no permitió realizar la encuesta aunque sí observar si en la sentencia había mención de una defensa indígena o se había tomado en cuenta la calidad de indígena del sentenciado. El acceso se debió a la petición hecha por medio del Módulo de Acceso de Información de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En uno de los casos se negó dicho acceso debido al tipo de delito imputado (terrorismo), y en otro por encontrarse todavía en proceso. En otros dos casos el juez dio traslado a que el sentenciado expresara su voluntad, y en cuatro más no correspondía el expediente revisado con la persona encuestada. De los 32 casos en que se logró el acceso, éste fue otorgado por vía electrónica en cuatro ocasiones y mediante copias simples en nueve. En los otros 19 el acceso se logró mediante permiso para revisar físicamente el expediente en el tribunal y en un horario determinado. Por razones de tiempo, sin embargo, las 19 sentencias definitivas de estos últimos casos no alcanzaron a ser revisadas.

ron a falta de pericia de los encuestadores o a obstáculos relacionados con los sistemas de archivo de expedientes o los sistemas de registro de la información de las causas penales por parte de las autoridades del sistema de reclusión. A falta de la totalidad de la muestra de casos federales se consideró necesario eliminar a éstos de la mayor parte del análisis.⁹ Sin embargo, los análisis llevados a cabo cuentan con datos que reflejan la percepción de los reclusos, defensores y ministerios públicos federales. También se refieren a la legislación federal en el examen del correspondiente marco jurídico.

La información que ofrece la encuesta realizada con base en expedientes parte del registro formal de las actividades del proceso, visto desde la perspectiva de los actores que generaron los documentos que integran el expediente. Así considerada, la información obtenida de expedientes complementa muy bien la información de la encuesta a personas descrita en la sección anterior.

Encuesta con base en expedientes del fuero común iniciados en 2004

En este rubro se contó con una muestra aleatoria de 200 expedientes judiciales que fueron tramitados en 2004 en el fuero local, y que ofrece un panorama comparativo general de los casos tanto de personas reclusas como no reclusas que pasaron por el sistema de justicia penal oaxaqueño. Esta muestra de encuestas con base en expedientes, a diferencia de la primaria, no fue complementada por una entrevista con la persona sujeta a proceso.

Si bien se usó el mismo instrumento de levantamiento que en la encuesta descrita en la sección anterior, la información recabada en estas encuestas a expedientes se relaciona con una muestra más amplia de personas que llegaron a tener contacto con el sistema penal, y por ello sirve para distintos propósitos de análisis. Por ejemplo, por constituir una muestra de casos en general y no limitados a personas reclusas, exhibe

⁹ Faltan 71 encuestas a expedientes estatales y 120 a federales.

FUERO		LOCAL	FEDERAL	TOTAL
¿Se encuentra el expediente?	No	71	120	191
	Sí	795	44	839
Total		866	164	1030

En el caso del análisis de la incidencia de casos de posible tortura se incluyó la muestra federal, con la excepción de aquellas comparaciones que implicaban el contraste de información contenida en el expediente.

una proporción importante de casos de delitos no graves, que tuvieron un desarrollo distinto dentro del sistema penal. Además, por su carácter aleatorio ofrece una visión más amplia de quiénes son los usuarios de la justicia penal en términos generales, cómo llegaron ahí y qué resultados obtienen de los procesos penales que viven. Paralelamente, brinda un cuadro más representativo de los tipos de delitos que se procesan en el sistema penal oaxaqueño. Este aspecto es posiblemente el menos explotado en el análisis del informe, pero puede ser sujeto de estudio a futuro por investigadores al analizar la base pública de datos.¹⁰

Entrevistas mediante grupos focales a actores del sistema en el estado de Oaxaca

Como parte indispensable para el análisis y contextualización de la información recopilada a partir de las encuestas, se recabó información de los actores del sistema a través de grupos focales. Conviene recordar que participaron –en forma separada– jueces, magistrados, ministerios públicos, defensores públicos estatales, defensores y ministerios públicos federales y abogados de algunas organizaciones de la sociedad civil que litigan casos penales, quienes dieron a conocer sus perspectivas sobre las prácticas al interior del sistema de justicia penal en base a su experiencia y reflexión.

En el corto plazo se generó una valiosa reflexión por parte de los servidores públicos y abogados de organizaciones de la sociedad civil, lo que despertó especial interés por dar apropiado seguimiento a las inquietudes que los propios entrevistados habían manifestado durante las entrevistas.

Entrevistas con autoridades en materia de justicia indígena en comunidades indígenas de Oaxaca

En otro orden se realizó una serie de entrevistas con autoridades de justicia indígena en 39 comunidades de la entidad oaxaqueña. Estas comunidades fueron seleccionadas de acuerdo con varios criterios. En primer término se pretendió cubrir la mayoría de las etnias que componen la multicultural sociedad de Oaxaca. Como segundo criterio se escogieron comunidades en las cuales la autoridad indígena continúa teniendo una incidencia importante a la hora de regular la vida comunitaria y resolver conflictos. Para determinar lo anterior el equipo buscó la asesoría de personas conocedoras de la

¹⁰ La base de datos ha sido depurada para eliminar referencias que pudieran dar lugar a la identificación de las personas o casos examinados en este diagnóstico.

región y con experiencia de trabajo en comunidades indígenas de las distintas regiones de Oaxaca. La CDI facilitó el contacto con autoridades de algunas de dichas comunidades, lo que ayudó a crear el clima de confianza necesario para la realización de las entrevistas.

La finalidad principal de éstas fue conocer, a grandes rasgos, los patrones de operación y las características de los sistemas normativos indígenas, así como los mecanismos mediante los cuales se articulan las facultades de estas autoridades con las de los sistemas de justicia estatal y federal. Durante las entrevistas se solicitó, además, la opinión de las respectivas autoridades en cuanto a la articulación de los sistemas de justicia estatal e indígena. De esta manera también fue tomado en cuenta el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), en el sentido de que sean consultados los pueblos indígenas respecto a todo aquello que pueda afectarles directamente.¹¹

A pesar de contener variaciones significativas en el funcionamiento de los sistemas, el cúmulo de las entrevistas demuestra patrones y principios de actuación similares en casi todas las comunidades. Se constató, además, la existencia en cada caso de instituciones, autoridades y valores que componen los sistemas de justicia indígena.

Recopilación de información en el terreno

Como se refirió al inicio de esta sección, se intercalaron el desarrollo del marco jurídico, el diseño de los instrumentos y la capacitación para la aplicación de estos últimos. La capacitación, a su vez, se llevó a cabo alternando ejercicios prácticos en el aula con el uso de los instrumentos sobre el terreno. De esta manera, a la luz de la práctica, se aseguró la calidad y homogeneización de criterios en la aplicación de los mencionados instrumentos. Esta mecánica permitió, además, perfeccionar las herramientas diseñadas para facilitar la codificación y captura de datos, lo que a su vez simplificó la limpieza de la base de datos para el análisis final.

1. Diseño de los instrumentos o cuestionarios

Una de las primeras etapas del estudio consistió en diseñar los instrumentos que servirían para encuestar a personas en reclusión y recabar datos de los respectivos expedientes penales. Esa labor demandó tres meses. La encuesta a personas fue puesta a prue-

¹¹ El artículo 6 (1) del Convenio 169 de la OIT señala: "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente [...]"

ba y depurada a partir de nueve ensayos piloto efectuados en distintas fechas con personas en reclusión, lo que posibilitó contar con una herramienta de trabajo que podía ser comprendida por la mayoría de los encuestados y permitía ser administrada de manera eficiente. Por su parte, el material para el levantamiento de datos en expedientes penales fue piloteado en tres ocasiones. Las personas que administraron las encuestas piloto también participaron en el levantamiento, en calidad de encuestadoras.

2. Diseño de la muestra

Simultáneamente con el diseño de instrumentos fue confeccionada la muestra de personas que serían encuestadas, así como de los expedientes que serían localizados para recabar información de ellos. El equipo encargado de diseñar la muestra organizó la información que ofrecieron las autoridades del sistema de reclusión en Oaxaca, y a partir de dicha información y de datos demográficos generales de la entidad se propuso una muestra representativa de personas en reclusión (indígenas y no-indígenas).

3. Capacitación

La misma tuvo lugar mediante una metodología de participación activa y de simulación. Se enfocó en los aspectos de interacción personal en cuanto a las entrevistas realizadas con personas en situación de reclusión, así como en la interpretación y comunicación de las preguntas y el registro de las respuestas. De esa manera se estandarizaron la interpretación de las preguntas y las expectativas de los encuestadores.

Además se invitó a las autoridades respectivas para acordar claramente los términos de acceso a los lugares de reclusión y las condiciones mínimas para llevar a cabo las entrevistas, incluyendo la confidencialidad de éstas y la necesidad de realizarlas en privado.

4. Levantamiento

Las versiones finales de los instrumentos fueron administradas dentro de la etapa de levantamiento. Durante la misma fueron visitados los reclusorios seleccionados de la muestra y localizados los expedientes de las personas encuestadas en los juzgados donde se había llevado a cabo el juicio de esas personas. En ocasiones éstas se encontraban en un lugar lejano respecto de donde se hallaba su expediente. A pesar de ello, la coordinación del levantamiento ofreció una logística que permitió localizar los expedientes en cuestión y recabar los datos respectivos.

Los encuestadores se organizaron en equipos de tres o cuatro integrantes y fueron supervisados por una persona que armonizaba criterios de levantamiento dentro del grupo, mediante la revisión diaria (sobre todo al inicio del proceso) de las experiencias en las encuestas. Los supervisores mantuvieron reuniones semanales con supervisores de otros equipos, con miras a contar con un levantamiento lo más estandarizado posible. En aquellos casos en que surgieron dudas de consideración, las mismas fueron consultadas con los diseñadores principales del instrumento.

Una vez finalizado el levantamiento de datos de las encuestas a personas en reclusión y el basado en los expedientes de éstas, los encuestadores reunieron la información de encuesta a expedientes iniciados, procediéndose luego a realizar las entrevistas con los actores del sistema y con autoridades de comunidades indígenas.

5. Entrevistas semiestructuradas

A fin de llevar a cabo este tipo de entrevistas, en primer término se desarrolló –en consulta con expertos en esta metodología para recopilar información– el diseño de las correspondientes guías de entrevista. Una vez elaboradas éstas se capacitó a los entrevistadores con un fuerte enfoque en las destrezas de entrevista abierta pero estructurada y se les instruyó para que no vertieran opiniones sobre lo comentado por los entrevistados, así como en el sentido de mantener una actitud de imparcialidad y respeto en todos los casos, con la finalidad de permitir que la reflexión fluyera franca y abiertamente.

En el caso de las autoridades de comunidades indígenas fueron, como se ha indicado, armados equipos de dos a tres personas para cada entrevista. Un integrante del equipo fungía como entrevistador(a), otro como anotador(a) y un tercero, en los casos necesarios, como traductor o intérprete. Se previeron, además, situaciones en las que fuera preciso disponer de un traductor o intérprete del lugar, y sobre todo el manejo de la presentación del equipo orientado a lograr la inserción necesaria para conducir exitosamente cada entrevista.

6. Codificación

La codificación de las encuestas levantadas fue realizada por los propios encuestadores, bajo una coordinación que asegurara la homogeneidad del criterio. Al final la codificación fue revisada por un grupo reducido de encuestadores, quienes mostraron especial destreza para ese trabajo. Las preguntas surgidas durante la codificación fueron consultadas con profesionales del CIDE, quienes habían diseñado la encuesta a partir de consultas, además de construir la respectiva base de datos.

7. Captura de datos

Se realizó a partir de un proceso de capacitación y requirió de comunicación constante con los diseñadores de la base de datos, así como del envío periódico de información para lograr mayor seguridad posible en la calidad de la captura.

En la codificación y captura de datos se pudo observar que algunas preguntas no habían resultado funcionales o que a lo largo del levantamiento había sido imposible homogeneizar un criterio. La pregunta sobre la motivación y fundamentación del auto de término constitucional, por ejemplo, resultó no ser de utilidad, ya que su complejidad no permitió atribuirle un valor común por la cantidad de información que debería ser exhaustivamente analizada para responderla. En este sentido, también fueron desechadas desde el inicio algunas otras preguntas del análisis.

En otros casos se comprobó que la estructuración de los procedimientos dificultó la equivalencia entre algunas actuaciones de la averiguación previa y las del plazo constitucional. En tal sentido, las comparaciones entre esas dos etapas debieron tomar en cuenta que se trata de momentos procesales diferentes, no iguales, hecho que se reflejó en la formulación de las preguntas. No obstante, fue posible obtener datos significativos respecto a ambas etapas y al estado de cumplimiento respecto a los derechos a la defensa y al traductor o intérprete.

8. Construcción de la base y análisis de los datos

En etapas posteriores al levantamiento la información recabada del expediente fue vinculada con la obtenida mediante la encuesta a la persona, a fin de permitir la comparación entre ellas. Se establecieron tres bases de datos: una relacionada con casos del fuero común (que liga las encuestas a personas y a expedientes); otra basada en casos del fuero federal (cuya relación es similar a la de la anterior); y una tercera formada por la muestra de 200 expedientes iniciados del fuero común, que incluyó tanto casos de reclusos como de personas en libertad.

Las respuestas a preguntas abiertas de las respectivas encuestas a personas y a expedientes fueron sistematizadas en el programa Excel, mientras las emanadas de entrevistas a actores del sistema y a autoridades de comunidades indígenas se sistematizaron según los temas de acuerdo con las respectivas guías de entrevistas.¹²

¹² Debido a las dificultades para depurar los documentos que contienen respuestas a las preguntas abiertas, y en especial para eliminar referencias que identifiquen a personas o a los casos, aquéllas no se harán públicas.

Para el análisis de la base de datos primero fue construida la variable *indígena agregado*, arriba mencionada. A partir de la generación de las frecuencias por pregunta y luego según la clasificación “indígena y no indígena” de la base de datos, se llevó a cabo el análisis de las tendencias. Una primera etapa se centró en la operación de los derechos que sirvieron de marco teórico para estructurar el estudio y las hipótesis planteadas. La discusión de las tendencias incluyó la discusión sobre las diferencias entre la experiencia de los indígenas y no-indígenas cuando tal diferencia evidenciaba un carácter relevante.

Posteriormente, con base en estos primeros análisis por derecho y en la preparación de documentos que representaban la sistematización de información sobre puntos de análisis provenientes de la base de datos y de las entrevistas, se efectuó un encuentro de tres días entre miembros del equipo de redacción, integrantes del equipo de levantamiento en Oaxaca y asesores de la CDI, donde se examinó con mayor detenimiento el análisis y fueron enriquecidas las conclusiones.

Los mencionados análisis sirvieron de base para la redacción del informe, cuyo borrador fue entregado a las instituciones que apoyaron la elaboración del presente diagnóstico.¹³ Los comentarios recibidos fueron incorporados, en lo pertinente, al presente informe final.

¹³ El borrador fue entregado a la Subsecretaría de Derechos Humanos del Gobierno de Oaxaca, la Secretaría de Asuntos Indígenas del Estado de Oaxaca, el Director de la Procuraduría de la Defensa del Indígena de Oaxaca, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia del Estado, la Procuradora de Justicia del Estado de Oaxaca, el Presidente de la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Oaxaca, el Director del Instituto Federal de Defensoría Pública y su Delegada en el estado, el Delegado de la Procuraduría General de la República en Oaxaca, el Coordinador de los jueces de distrito en la entidad, el Presidente de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación y la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

IV Ejes de análisis y Derechos humanos relevantes

En el presente capítulo se analizan los resultados arrojados por el diagnóstico. La información ya sistematizada ofrece un panorama de la experiencia de los sujetos y colectividades indígenas al acceder a las instancias de procuración y administración de justicia. Al mismo tiempo, refleja las percepciones y prácticas de los actores del sistema de justicia estatal y de la justicia indígena. Tales datos sociales son confrontados con los parámetros normativos nacionales e internacionales que deben regir las prácticas que se analizan. Dichos parámetros permiten disponer de una valoración objetiva del panorama que revela el diagnóstico, y sugerir, en el capítulo conclusivo, propuestas dirigidas al Estado a fin de que éste pueda cumplir con los compromisos internacionales contraídos.

El capítulo se divide en dos grandes apartados. En el primero se explican los dos ejes de análisis que orientan el conjunto de la discusión. El primer eje, titulado "Identidad étnica e identidad indígena", se refiere al reconocimiento de la diversidad cultural como una situación sociohistórica que constituye al Estado mexicano, y las consecuencias jurídicas que del reconocimiento constitucional expreso se derivan, en especial la jurisdicción indígena o la facultad de los pueblos indígenas de resolver conflictos internos de acuerdo con sus sistemas normativos. El segundo eje de análisis se refiere al derecho al acceso a la justicia como una prerrogativa universal que debe ser concretada en toda sociedad a través de canales institucionales que cumplan ciertos requisitos establecidos por el consenso internacional. En el caso de los pueblos indígenas este derecho se operativiza a través del funcionamiento de sus propias instituciones, normas y autoridades, y de los propios tribunales estatales.

En el segundo apartado del capítulo se analizan aquellos derechos humanos que son relevantes para el cumplimiento de los derechos indígenas y el debido proceso. De igual manera se analizan las prácticas y percepciones constatadas para aproximarse a los requisitos de una implementación que garantice de mejor manera estas dos categorías de derechos reconocidos internacionalmente.

El capítulo está organizado de forma que en cada apartado se ofrece primero un acercamiento a los alcances del derecho específico, y luego, de acuerdo con la información recabada, un análisis de cómo se concreta en la práctica esta aspiración normativa. Finalmente se señalan los puntos en donde parecen existir contradicciones o vacíos en la normativa nacional que irían en detrimento de la plena implementación de los derechos analizados.

PRIMERA PARTE

Ejes de análisis

1. Identidad étnica e identidad indígena

En este apartado se explica la identidad étnica como una forma contemporánea de conceptualizar la diferencia cultural y se desarrollan los dos derechos que dan relevancia jurídica a esta realidad sociocultural: el derecho a libre determinación, concretado como autonomía para el caso de los pueblos indígenas; y el derecho a la autoadscripción que tienen los sujetos en lo particular a identificarse como miembros de dichos pueblos.

1.1. *¿Cómo entendemos la identidad étnica?*

La identidad es un concepto relacional que permite entender la interacción que mantienen ciertos individuos entre sí y de cara a otros y los elementos contextuales que definen esa pertenencia. Al ser un concepto eminentemente relacional crea la noción del “nosotros” y como consecuencia también distingue a individuos y grupos, creando una frontera entre el “nosotros” y “los otros”.

Entre las posibles condiciones de identidad, en este estudio interesa destacar la identidad étnica. Ésta es utilizada desde hace algunas décadas para dar cuenta de la existencia de grupos culturales que comparten historia, tradiciones, costumbres, visiones del mundo (cosmovisión) lenguaje, etcétera. Tales grupos son definidos como pueblos y en la actualidad se encuentran y se desarrollan en el contexto de los Estados nacionales.

Cuando se consolidaron los Estados nacionales como proyectos políticos hegemónicos —en los siglos XIX y XX—, seguían existiendo dentro de sus territorios pueblos diversos que se identificaban entre sí y con otros y al mismo tiempo se diferenciaban de otros pueblos. Al crearse los Estados nacionales las distintas identidades fueron englobadas en una unidad mayor, bajo la noción de identidad nacional. El proyecto político de los Estados modernos fue la integración de las distintas identidades, para lo cual fueron diseñadas políticas tendientes a la construcción de la identidad nacional.

Sin embargo, en muchos lugares del mundo estos pueblos han mantenido su cultura, sus perspectivas del mundo, sus lenguas y sus instituciones, entre otras características. Hacia finales del siglo xx se hicieron visibles procesos que han llevado a cuestionar si la homogeneización de las culturas del país es el destino de estos pueblos, frente a la perspectiva de conservar sus especificidades históricas en el contexto de los Estados nacionales. Los movimientos políticos y de derechos humanos impulsados por intelectuales indígenas se conjugaron para definir a aquélla como una nueva perspectiva basada en los valores de la dignidad humana que implica el reconocimiento de la identidad cultural. Al paso de los años dicha perspectiva ha ido adquiriendo legitimidad y solidez, hasta expresarse en la articulación de una serie de derechos fundamentales tales como la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas.

La consecuencia de este cambio ha sido la lucha por el reconocimiento de la identidad en todas sus vertientes. Esto es, la demanda sobre las nuevas formas con que el Estado nacional debe reconocer y garantizar la subsistencia y desarrollo de estas colectividades socioculturales —de antigua raíz histórica— como una realidad político-jurídica. Si bien en la mayoría de los casos el origen de estos pueblos es anterior a la existen-

NORMATIVIDAD INTERNACIONAL APLICABLE A MINORÍAS NACIONALES O ÉTNICAS

Debe anotarse que paralelamente al desarrollo de la normatividad internacional sobre pueblos en general y sobre pueblos indígenas en particular, existe también el derecho internacional aplicable a los miembros de minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas que, en ciertos casos, se ha aplicado (art. 27. Derechos de las minorías del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y ver casos *Lovelace c. Canadá*, *Kitok c. Suecia*, *Lubicon Lake Band c. Canadá*, *Länsman c. Finlandia* y *Sara c. Finlandia*) a las personas pertenecientes a algún pueblo indígena, véase “Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas”, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992. En los tratados internacionales de derechos humanos, casi la única norma específica sobre miembros de minorías (también el artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño habla de derechos de niños que pertenezcan a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o de origen indígena a tener su propia vida cultural), establece obligaciones negativas y positivas del Estado. Ver Observación General 23 (art. 27 Derechos de las minorías, párrafos 6.1 y 6.2);

“6.1 Aunque la norma del artículo 27 está expresada en términos negativos de todos modos la disposición reconoce la existencia de un “derecho” y establece la obligación de no negarlo. Por consiguiente, todo Estado Parte está obligado asegurar la realización y el ejercicio de este derecho y a ampararlo contra toda negativa o violación. Así, las medidas positivas de protección adoptadas por conducto ya sea de sus autoridades legislativas, judiciales o administrativas, son procedentes no sólo contra los actos del propio Estado Parte, sino también contra el acto de

cualquier persona que se encuentre en el Estado Parte.

6.2. Aunque los derechos amparados por el artículo 27 sean derechos individuales, dichos derechos dependen a su vez de la capacidad del grupo minoritario para conservar su cultura, su idioma o su religión. En consecuencia, puede ser también necesario que los Estados adopten medidas positivas para proteger la identidad de una minoría y los derechos de sus miembros a gozar de su cultura y su idioma perfeccionándolos y a practicar su religión, en común con los otros miembros del grupo. En este sentido, se debe observar que dichas medidas positivas deben respetar las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 26 del Pacto, tanto en lo que se refiere al tratamiento de las distintas minorías como en lo relativo al tratamiento entre las personas pertenecientes a ellas y el resto de la población. Sin embargo, en la medida en que estén destinadas a corregir una situación que impide o dificulta el goce de los derechos garantizados por el artículo 27, dichas medidas pueden constituir una diferenciación legítima con arreglo al Pacto, con tal de que estén basadas en criterios razonables y objetivos.”

También establece una obligación negativa del Estado y un derecho de tipo más bien colectivo a favor de las minorías, al mencionar que “en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. Artículo 27 del PIDCP.

cia del Estado, hasta hace muy poco ellos no existían jurídicamente como entidades constitutivas del Estado. Estas relaciones entre pueblos y entidades políticas y culturales más grandes —como lo son los Estados— son determinadas mediante la afirmación de la identidad étnica y con ello la pertenencia a un pueblo. Tal es la condición que las comunidades¹ y los sujetos pertenecientes a éstas asumen de cara al Estado-nación.

En México, esta discusión dirige inmediatamente la mirada del observador hacia sus pueblos indios. En efecto, éstos constituyen pueblos con culturas antiguas, cuyo origen es previo a la constitución del Estado, que han mantenido formas distintivas de ser y de vivir, aunque las mismas hayan variado desde la época prehispánica o novohispana. Estos pueblos, sin embargo, hasta hace dos décadas “no existían” como realidad jurídica en el contexto del Estado mexicano, lo que contribuyó a que se mantuvieran en situación de extrema marginación económica y subordinación política, situación que no todos los grupos étnicos del mundo combinan.² Esta situación social representa el doble desafío de lograr para dichos pueblos un reconocimiento que combine medidas que les permitan un lugar de participación activa dentro del Estado y al mismo tiempo una serie de medidas compensatorias para impulsar su viabilidad económica. Ello posibilitaría que los propios pueblos garantizaran de mejor manera los derechos económicos, sociales y culturales de sus integrantes, teniendo como pauta sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo.³

El progresivo proceso de reconocimiento de la identidad étnica que se ha hecho en México desde inicios de la década de los noventa en el siglo pasado es fundamental para dotar a los pueblos indígenas de las condiciones materiales y jurídicas necesarias para mantenerse como pueblos y desarrollarse desde un proyecto propio en el marco del Estado nacional. Es por ello que, para efectos de este estudio, el reconocimiento de la identidad étnica es un eje transversal de análisis de todos los derechos que se revisan desde las perspectivas teórica y práctica.⁴

- 1 El término “comunidad” se refiere a la expresión territorial en donde se manifiesta, expresa y practica la organización social, política, económica y cultural de los pueblos indígenas.
- 2 Existen casos de grupos étnicos, como los quebequois de Canadá o los catalanes en España, cuya situación puede ser de un cierto nivel de subordinación o coordinación política, pero no de marginación económica.
- 3 El derecho a “decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo”, se encuentra consignado en el artículo 7 del Convenio 169 de la OIT.
- 4 Habría que entender dos perspectivas con relación al análisis de los derechos indígenas. La primera parte de la concepción del pueblo indígena como una comunidad históricamente marginada dentro de la sociedad nacional que hoy en día requiere de una serie de prerrogativas o acciones afirmativas que le permitan acceder a los beneficios con los que no ha contado hasta el momento, sea por razones de políticas pasadas, de integración o asimilación, debido a la existencia de normas o prácticas discriminatorias, al no reconocimiento de la identidad indígena en un sistema de igualdad formal ante la ley, o a inequidades socioeconómicas y políticas. Esta perspectiva implica la creación de medidas o derechos referidos a los indígenas tanto en lo individual como en lo colectivo, que tendrán que ser temporales, en tanto se supera la condición de marginación que las justifica. La segunda forma de entender los derechos indígenas es desde el punto de vista del derecho a la libre determinación que es común a los pueblos en general, y por ello reconocido a los pueblos indígenas. Este informe estudia las expresiones normativas de ambas perspectivas y se enfoca en las medidas que fortalecen el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en una concepción moderna del Estado pluricultural.

El reconocimiento de la identidad étnica en México tiene dos consecuencias jurídicas fundamentales que dan origen a derechos específicos. El primero, de acuerdo con la Constitución mexicana, es "el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación [que] se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional". Acerca de este derecho, la Constitución también señala que "reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas *a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para... decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural [y] aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos...*".⁵ Es decir, en el caso de México el derecho de libre determinación se entiende como el ejercicio por parte de los pueblos y comunidades indígenas de la autonomía respecto de diversas facultades, funciones y actividades. El segundo derecho consiste en el derecho a la autoadscripción, que es la facultad de grupos e individuos de identificarse con alguno de los pueblos indígenas reconocidos por el Estado y así gozar de los derechos que de esa pertenencia se derivan, lo que a su vez implica derechos o medidas diferenciadas.

1.2 El derecho a la libre determinación y la autonomía

El derecho a la libre determinación y la autonomía se deriva de la legislación nacional e internacional y se entiende como la base del ejercicio de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades que forman parte de los pueblos indígenas, y que por lo tanto deben ser respetados por el Estado mexicano para garantizar las expresiones de identidad de los pueblos indígenas mexicanos y de las personas indígenas que se autoadscriban como tales.

La normatividad internacional ha establecido que "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural".⁶ En cumplimiento de este derecho, en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.⁷ Hoy en día se entiende que el derecho de libre determinación de los pueblos, tanto indígenas como no-indígenas, deriva del hecho de que algunos grupos étnicos asumen parte de las funciones que corresponden al Estado para el adecuado desarrollo de la vida pública, pero dentro de la estructura del propio Estado

⁵ Art. 2, quinto párrafo, y apartado A: encabezado y fracciones I y II, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001. Todas las referencias subsecuentes al artículo 2 constitucional se refieren al texto publicado en esta reforma.

⁶ Art. 1, 1) común del PIDCP y del PIDESC.

⁷ Art. 1, 2) común del PIDCP y del PIDESC.

y sin que se interprete como un derecho a la independencia o la secesión.⁸ Este hecho está reconocido por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos al fallar a favor de mantener los medios de subsistencia de los pueblos⁹ y de sus formas de representación política ante el Estado nacional.¹⁰ En este mismo sentido, la normatividad mexicana afirma que la libre determinación de los pueblos indígenas, "se ejercerá dentro de un marco constitucional de autonomía".¹¹

La misma definición de lo que constituye un pueblo indígena reafirma el respeto a su forma de organización social y política. De acuerdo con la definición de la Constitución mexicana, que retoma la del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT),¹² se debe entender como pueblos indígenas a:

- ⁸ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de la ONU) recientemente aprobado por el Consejo de Derechos Humanos y referido a la Asamblea General para su aprobación, reconoce que, "los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar libremente sus relaciones con los Estados en un espíritu de coexistencia, beneficio mutuo y pleno respeto," y que existe el convencimiento que, "el reconocimiento de los derechos de los pueblos en la presente Declaración fomentará relaciones armoniosas y de cooperación entre el Estado y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe". Consejo de Derechos Humanos Primer período de sesiones, A/HRC/1/L.3, 21 de junio de 2006, PP12 y PP15. Además, se establece el derecho a la libre determinación con el correlativo derecho de autonomía y autogobierno "en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales". Artículo 3 bis. El artículo IV, en negociación, del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN), GT/DADIN/doc.260/06, rev. 1 18 octubre 2005, indica que: [Nada en esta Declaración se entenderá en el sentido de que autoriza o fomenta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial, la soberanía y la independencia política de los Estados, ni otros principios contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos.]
- ⁹ En el Caso Sawhoyamaxa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se pronuncia respecto al derecho a tierras comunales como medio de organización y subsistencia social de los pueblos indígenas. *Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*. Sentencia del 29 de marzo de 2006. La Corte IDH también ha dicho que "La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituida a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural." *Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia del 17 de junio de 2005, párrafo 135.
- ¹⁰ Ver Caso Yátama, en donde la Corte IDH determina el establecimiento libre de su condición política y la obligación del "Estado [de] ... adoptar todas las medidas necesarias para garantizar que los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la costa atlántica de Nicaragua puedan participar, en condiciones de igualdad, en la toma de decisiones sobre asuntos y políticas que inciden o pueden incidir en sus derechos y en el desarrollo de dichas comunidades, de forma tal que puedan integrarse a las instituciones y órganos estatales y participar de manera directa y proporcional a su población en la dirección de los asuntos públicos, así como hacerlo desde sus propias instituciones y de acuerdo a sus valores, usos, costumbres y formas de organización, siempre que sean compatibles con los derechos humanos consagrados en la Convención." *Caso Yátama vs. Nicaragua*, Sentencia del 23 de junio de 2005, párrafo 225.
- ¹¹ Art. 2, quinto párrafo, y apartado A., Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La Declaración de la ONU refiere a la autonomía de gestión interna en sus artículos 3 bis, y el artículo 33 respecto a la libre determinación y los sistemas jurídicos indígenas. El artículo 39 de la misma Declaración referencia la toma en consideración de lo indígena dentro de los procedimientos estatales.
- ¹² Art. 1,b).

“...aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que *conservan sus propias instituciones* sociales, económicas, culturales y políticas, *o parte de ellas*.”¹³

Por lo tanto, los pueblos indígenas tienen derecho a controlar sus instituciones propias, así como su desarrollo social y cultural dentro del marco del Estado en que viven, para lo cual este último establecerá los medios que garanticen los principios de participación y consulta en la toma de decisiones que les afectan.¹⁴ Ello implica que los Estados respeten la integridad de los valores, prácticas e instituciones que se derivan de su identidad como pueblos indígenas.¹⁵

Si bien es cierto que el Convenio 169 de la OIT del año 1989 no menciona específicamente los términos “libre determinación” y “autonomía”, es una realidad que hoy el derecho de libre determinación de los pueblos está reconocido internacionalmente y que se cuenta con una normatividad tanto internacional como nacional¹⁶ que sustenta ese derecho y las diferentes formas de ejercerlo.

Por ello, el ser reconocido como pueblo indígena por el Estado es una condición previa para el ejercicio de ciertos derechos específicamente indígenas que el propio Convenio 169 reconoce. Como se ha señalado, la Constitución mexicana reconoce la existencia de los pueblos y comunidades indígenas y, a raíz de la reforma de 2001, “reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la *libre determinación* y, en consecuencia, a la *autonomía*”¹⁷ para realizar distintos actos y funciones.

En relación con el ejercicio de este derecho, la normatividad internacional ha establecido que:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, *con la participación de los pueblos interesados*, una acción coordinada y sistemática con miras a *proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad*.

¹³ Art. 2 constitucional, segundo párrafo, subrayado propio.

¹⁴ Párrafo preambular 5, arts. 6,a); 7,1); 15,2); 16,2); 25,1) y 33, Convenio 169 OIT.

¹⁵ Art. 5, b), Convenio 169 de la OIT.

¹⁶ Ver Anexo IV Normatividad Nacional y Derechos Indígenas.

¹⁷ Art.2, apartado A, encabezado. Asimismo, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN), actualmente en proceso de negociación en el marco de la Organización de Estados Americanos, hace referencia al derecho de libre determinación de los pueblos indígenas al indicar que: [Al interior de los Estados se reconoce el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en virtud del cual pueden definir sus formas de organización y promover su desarrollo económico, social y cultural], Art. III., DADIN, en negociación.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;
- b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, *respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones...*¹⁸

La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁹ recoge estas obligaciones, cuando establece el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 3 bis), y su derecho de "participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, vidas y destinos por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos" (artículo 19).²⁰ En el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN) existe el acuerdo de que los Estados deben reconocer plenamente "*la personalidad jurídica* de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración".²¹ También existe acuerdo acerca de que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libres de todo intento externo de asimilación.²²

Por su parte, en el ámbito del derecho internacional y más allá del continente americano se ha contemplado, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que para el ejercicio del derecho de libre determinación dichos pueblos tienen el derecho colectivo e individual a mantener y desarrollar sus propias características e identidades, comprendido el derecho a identificarse a sí mismos como indígenas y a ser reconocidos como tales. Se ha reconocido que los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o pueblo indígena de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o pueblo de que se trate.²³

¹⁸ Art. 2, Convenio 169 OIT, cursivas y resaltado propio.

¹⁹ Consejo de Derechos Humanos, primer período de sesiones, A/HRC/1/L.3, 21 de junio de 2006.

²⁰ Ver también el artículo 26 *bis* respecto al reconocimiento de los derechos indígenas, y la Declaración de la ONU en general que tiene un enfoque importante de protección a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

²¹ Art. IX, DADIN, acordado, subrayado propio.

²² Art. X, 1. DADIN, acordado. Ver asimismo artículos 4 y 29 de la Declaración de la ONU respecto a los derechos culturales de los pueblos indígenas.

²³ Artículos 3, 4, 9 y 32 de la Declaración de las Naciones Unidas, aprobado por el Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/1/L.3 21 de junio de 2006. Consejo de Derechos Humanos, primer período de sesiones, tema 4.

De este derecho fundamental a la libre determinación se desprenden dos derechos centrales que son abordados en este informe:

1. El reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, sus instituciones propias y el correspondiente ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades indígenas, como se reconoce en el art. 2, apartado A, fracción II constitucional; y,
2. el derecho fundamental de que las personas o las comunidades se autoadscriban como miembros de pueblos autónomos, lo cual entraña consecuencias jurídicas sumamente importantes para el efectivo acceso a la justicia para los indígenas, entre las que destaca la obligación del Estado de proporcionar traductores o intérpretes en los procedimientos en los que estas personas sean parte y tomar en cuenta sus especificidades culturales y su derecho consuetudinario,²⁴ además del respeto al ejercicio de la propia jurisdicción indígena cuando ésta sea aplicable.

1.3 El derecho a la autoadcripción

La autoadcripción es al acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado nacional y que se identifica como tal. Esta definición trae aparejada una serie de derechos y obligaciones del Estado hacia el individuo o colectividad, del pueblo indígena hacia sus miembros y también de las personas hacia su pueblo, como por ejemplo la participación en el tequio y los cargos de autoridad comunitarios.

La Constitución mexicana²⁵ indica que "la conciencia de [la] identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas". Este criterio se encuentra previsto también en el Convenio 169 de la OIT²⁶ y se conoce como derecho a la autoadcripción. La autoadcripción funge como medio para exigir los derechos indígenas.

²⁴ Art. 2, apartado A, fracción VIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

²⁵ Art. 2, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, este criterio se reconoce en el art. I, 2. del Proyecto DADIN.

²⁶ Art. 1, b)2, Convenio 169 OIT. México es parte del este convenio. Por disposición del art. 133 constitucional, los tratados internacionales son ley suprema de toda la Unión y de acuerdo con la tesis más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación "los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional". *Novena Época, pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta tomo X, noviembre de 1999, tesis: P. LXXVII/99, página: 46.*

1.3.1 ¿Cuál es la práctica procesal?

Para que la autoadscripción tenga efectos jurídicos, es necesaria la conciencia del sujeto de pertenecer a un pueblo indígena o compartir esa identidad. Como se señala más adelante, en el levantamiento de campo se pudo observar una falta generalizada de criterios claros para asegurar el ejercicio del derecho a la autoadscripción de una persona como indígena en los casos penales. Esta deficiencia suele ser suplida por criterios basados en generalizaciones que identifican a los indígenas como pobres, ignorantes o de naturaleza violenta o ruda, y los distinguen por su grado de dominio del español, su apariencia o su lugar de origen. Por otra parte, en algunos casos los actores entrevistados se acercaron al reconocimiento del derecho a la autoadscripción, al aseverar que “necesitamos que una persona se sienta indígena” o “basta con el reconocimiento de que es indígena”.

Una consecuencia de los prejuicios acerca de la identidad indígena es que vuelven objeto a la persona, en vez de considerarla un sujeto activo con identidad propia y actor clave en el proceso para la asignación de la identidad. Por ello, las prácticas prejuiciadas, lejos de asegurar el derecho a la autoadscripción imponen criterios que obstaculizan su ejercicio.

Si bien la autoadscripción es el elemento básico para garantizar el derecho a la identidad indígena y todo lo que ello conlleva, el presente estudio revela que en pocos casos existen las condiciones adecuadas para que ese derecho sea ejercido plenamente por los indígenas. Esto se debe en gran parte²⁷ a que tradicionalmente la identidad indígena ha estado estigmatizada en el país a raíz de la discriminación social, económica, política y cultural. Sin embargo, se debe también a las prácticas procesales y los problemas de la comunicación que siempre existen entre culturas distintas. Por ejemplo, algunos actores del sistema expresaron que la asesoría brindada por la defensa, en el sentido que el imputado reserve su derecho a declarar, puede conducir a que niegue también otros aspectos relacionados con la expresión de su identidad, como la pertenencia a un grupo étnico.

La discriminación generalizada hace que para muchas personas la autoidentificación en ciertos espacios —sobre todo los formales y oficiales— no sea percibida como algo valorado a la par con otras identidades en la sociedad. En tal sentido es muy importante destacar que la encuesta a reclusos demuestra que 28% de los indígenas encuestados consideraban su identidad como factor que les desfavorecía en los procedimientos penales.²⁸ Este dato debe interpretarse a la luz de la práctica común de los jueces o magistrados de reducir al mínimo la sentencia cuando se trata de un

²⁷ Más adelante se exploran las prácticas respecto a la provisión de servicios de traducción e interpretación. La falta de estos servicios también contribuye a que no se facilite el ejercicio pleno del derecho a la autoadscripción.

²⁸ Pregunta 266 de encuesta a reclusos “¿Usted cree que es una ventaja o una desventaja decir que es indígena?”

indígena.²⁹ Aun cuando el sistema otorga un beneficio a los indígenas con respecto a la sentencia, los datos sugieren que la percepción por los indígenas de su identidad como factor de desventaja sigue operando en un importante número de casos. Respecto al registro de la identidad en sede judicial, en 53% de la muestra de indígenas se encuentra alguna referencia a la persona como indígena en la declaración preparatoria.³⁰ Por otra parte, en 92% de los expedientes de indígenas falta referencia alguna en la declaración preparatoria que se le haya preguntado acerca de su identidad.³¹ Esto es más grave en la averiguación previa donde en 99% de los casos la pregunta no fue formulada.³²

Estos datos, junto con el análisis de los niveles de manejo del español de los indígenas encuestados,³³ refuerzan la conclusión general respecto a que el espacio para expresar la autoidentificación dentro de las lógicas y formalidades diferenciadas del proceso penal estatal es sumamente reducido.

Frente a estos obstáculos reales, debe asegurarse un contexto que posibilite el ejercicio de la autoadscripción; es decir, que los actores del sistema (tanto el defensor como el ministerio público y el juez) expliquen con detalle y en un ambiente de no discriminación, los derechos que derivan de autodefinirse como indígena y los momentos para su ejercicio, al tiempo que se verifique que aquéllos sean comprendidos plenamente. En el caso de adscribirse como indígena se debe tener la oportunidad de contar con el traductor o intérprete, aun cuando la persona hable o entienda el español, para asegurar la calidad de la comunicación no sólo hablada sino también entre culturas.

Cuando una persona manifiesta que comparte la identidad indígena en el contexto de un procedimiento judicial, el ministerio público, el juzgador, así como la defensa tienen la obligación de abrirse para comprender que una serie de cosas deben ajustarse con relación al procedimiento ordinario que conocen. Cuando una persona se ha autoadscrito como indígena, el aparato penal, en todas sus vertientes, se debe activar de distinta forma para poder garantizar los derechos que nacen del reconocimiento de la diversidad cultural que garantiza el orden jurídico nacional e internacional. Estos son el derecho a la jurisdicción indígena, lo que puede implicar la declinación de la competencia del sistema estatal de justicia; a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas para entender el contexto en que ocurrieron los hechos y su

²⁹ Entrevistas a jueces y magistrados.

³⁰ Encuesta a expedientes, pregunta E176: "¿Se identificó el inculpado en el juzgado como indígena o perteneciente a una etnia indígena?" Respecto a la declaración ministerial la autoidentificación es mucho menor, 91%. Ver E124: "¿El indiciado manifestó ser indígena o pertenecer a alguna etnia en la declaración/comparecencia ministerial?"

³¹ Encuesta a expedientes, pregunta E174: "¿Durante la declaración preparatoria se pregunta al inculpado si es indígena o perteneciente a alguna etnia indígena?"

³² Encuesta a expedientes, pregunta E122: "¿En la AP se le pregunta al indiciado si pertenece a alguna etnia, si es indígena o si habla idioma indígena?"

³³ Este análisis se encuentra más adelante, en la sección sobre el derecho a la traducción e interpretación y en conexión con el derecho a la defensa.

significado en el caso de que se juzgue al indígena en el sistema estatal; y el derecho a contar "en todo momento" con un traductor o intérprete que garantice la comunicación intercultural, así como el derecho a la defensa.

2. Derecho de acceso a la justicia³⁴

En este apartado nos referimos al derecho de acceso a la justicia³⁵ como la oportunidad de las personas de participar en procesos o procedimientos determinantes para el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con el debido proceso legal y como garantía fundamental del juicio justo. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, "reconoce [que] el llamado 'debido proceso legal' (...) abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial (...)"³⁶

Entre esas condiciones, y especialmente en el ámbito de la justicia penal, se encuentran los derechos:

- A ser oído públicamente,³⁷
- a contar con las debidas garantías tales como el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, entre otros,
- a ser juzgado dentro de un plazo razonable y por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.³⁸

³⁴ Este diagnóstico se ha enfocado en las condiciones en que acceden a la justicia personas indígenas privadas de su libertad. Por ello, en esta sección se abarca solamente el aspecto del derecho de acceso a la justicia para las personas implicadas en la comisión de un delito, dejando fuera el derecho de acceso a la justicia de las víctimas del delito, ya que representa otra perspectiva hacia el funcionamiento de la justicia penal. *Los Principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*, E/CN.4/2005/102/Add.18 de febrero de 2005; *los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, 60/147 Resolución aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005; y *la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder* 40/34 Resolución adoptada por la Asamblea General, el 29 de noviembre de 1985, son referentes fundamentales para el análisis de la perspectiva de los derechos de la víctima en casos penales.

³⁵ La discusión en esta sección del derecho de acceso a la justicia se refiere al conjunto de derechos que se garantiza para el debido proceso a nivel internacional, y por lo tanto es más amplio que el derecho de los indígenas de acceder a la jurisdicción del estado a que refiere el artículo 2 de la Constitución mexicana.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), Opinión Consultiva OC-9/87, párrs. 27-28.

³⁷ La publicidad del juicio se encuentra también protegida bajo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) al señalar que "toda persona tendrá derecho a ser oída *públicamente* y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial", art. 14, 1.

³⁸ Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y art. 14 del PIDCP; en el mismo sentido, el art. XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) y el art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH).

El cumplimiento de la garantía del debido proceso legal no es sinónimo de un juicio justo, pero es un requisito previo.³⁹ La determinación del juicio justo se deriva del análisis en conjunto de las actuaciones a lo largo del proceso respectivo y en relación con los objetivos centrales del debido proceso, como son la igualdad de oportunidad entre la defensa y la acusación para realizar sus pretensiones probatorias⁴⁰ y la defensa adecuada.⁴¹ En el caso de los indígenas, el debido proceso legal y en especial la posibilidad de acceder a la justicia en términos de igualdad obliga a tomar en cuenta una serie de características específicas adecuadas al contexto étnico, cultural y lingüístico diferenciado del indígena, y en su caso declinar competencia a favor de la jurisdicción indígena. De esta manera, el acceso a la justicia cruza de manera transversal los temas abordados en el presente estudio, al relacionarse con el derecho a la jurisdicción indígena, a la defensa y a las distintas garantías para individuos y comunidades indígenas en relación con el proceso penal.

2.1 Acceso a la justicia: pluralismo jurídico y dimensión indígena

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, señala que:

“Los pueblos indígenas reclaman decidida y persistentemente el reconocimiento de sus culturas y sistemas jurídicos consuetudinarios en la administración de la justicia. Se ha señalado que el no reconocimiento de los usos y leyes consuetudinarias autóctonas es indicio de la existencia de violaciones de derechos humanos que llevan a abusos en el sistema de administración de justicia. El no reconocimiento del derecho indígena forma parte de la negación de las identidades, sociedades y culturas indígenas por parte de los Estados coloniales y poscoloniales, y es una de las dificultades con que tropiezan los Estados modernos para reconocer su propia identidad multicultural. En muchos países la concepción monista del derecho nacional impide el debido reconocimiento de las tradiciones jurídicas plurales y conduce

³⁹ Observación General del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 del PIDCP. Para una discusión general al respecto, ver O'Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2004), pp. 368 y sgts.

⁴⁰ Este derecho a la igualdad de oportunidad está reflejado, por ejemplo, en “el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos,” contenido en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, “[A] interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; ...”, conforme el artículo 14(e) del PIDCP.

⁴¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General 13, Comité de Derechos Humanos, *Little c. Jamaica*, párr. 8.4 (1991).

a la subordinación de los sistemas jurídicos consuetudinarios a una sola norma jurídica oficial."⁴²

Las autoridades indígenas entrevistadas en el contexto de este estudio mencionaron reiteradamente esta problemática. Sobre todo reclamaron la falta de coherencia en cuanto al respeto de la autoridad indígena y el efecto debilitador que ello tiene para la vigencia de los sistemas normativos indígenas.

Tomando en cuenta la realidad del pluralismo cultural y jurídico que existe en México, el derecho de acceso a la justicia va más allá del necesario acceso equitativo a los órganos estatales de justicia. Si se habla de un verdadero pluralismo jurídico como el reconocido por la Constitución mexicana desde 2001, se deben admitir las diversas fuentes de derecho a través de las cuales puede hacerse efectivo el derecho de acceso a la justicia. Por ello, un primer paso para garantizar el debido acceso a la justicia a las personas indígenas es fortalecer el ejercicio de la jurisdicción de los pueblos indígenas a través del respeto a las autoridades y resoluciones respectivas.

La garantía de acceso a la justicia supone la posibilidad de que un conflicto entre partes sea resuelto por una autoridad facultada para ello, por lo que con el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena se entiende que esta garantía puede ser cumplida tanto por los órganos estatales de justicia como por los órganos establecidos por los pueblos indígenas en aplicación de sus sistemas normativos internos.⁴³

Para promover y proteger la garantía de acceso a la justicia, tanto las autoridades del sistema de derecho positivo como las del sistema de derecho indígena deben respetar las garantías mínimas de un juicio justo. Sin embargo, ello no significa que las normas y procedimientos indígenas serán iguales a los usados por el resto de los órganos jurisdiccionales estatales, ya que precisamente el derecho estriba en que los procesos y juicios seguidos ante la autoridad indígena serán culturalmente apropiados al pueblo en cuestión.

En este sentido, la justicia indígena y la justicia estatal comparten elementos y valores. Sin embargo, las formas de preservar la cohesión social y la integridad cultural son diferentes en cada uno de estos contextos y sistemas. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas, como se deriva de este diagnóstico, la justicia que imparten sus autoridades tiene como fines centrales la conciliación y la restauración de la paz social más que la finalidad punitiva, aunque sus resoluciones también pueden tener un componente punitivo o exigir el cumplimiento de alguna obligación.⁴⁴ Se ha observado

⁴² *Administración de justicia, pueblos indígenas y derechos humanos*, Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/2004/80, párrafo 54.

⁴³ El término "sistema normativo interno" implica un procedimiento, un derecho sustantivo que lo conforma y una estructura que lo aplica.

que las resoluciones de las autoridades indígenas buscan arreglar el conflicto entre las partes de manera suficientemente satisfactoria para ambas, de manera que se pueda reestablecer la armonía social perdida con la conducta que dio origen al conflicto, como se demuestra en el siguiente cuadro de citas textuales:

“Tratamos el asunto para poder llevar acabo una buena solución a favor o de manera favorable para las dos partes...”⁴⁵

“Lo que hacemos es primero analizar el problema antes de que las partes vengan a comentarnos su problema y nosotros como cabildo nos ayudamos para solucionar o arreglar los problemas.”

“Los trabajos que se dan o se hacen de manera comunitaria, contribuyen a que las personas que anteriormente tuvieron un conflicto vuelvan a la armonía a estar trabajando juntos se vuelven a hablar, a bromear y todos vuelven a ser amigos.”

“Cuando se pelean en la calle se le impone a los dos la sanción de trabajo comunitario, para que no se sientan.”

⁴⁴ De las entrevistas a las autoridades indígenas se desprende que el castigo tiende a relacionarse con la indisponibilidad o imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre obligaciones, o cuando habiendo llegado a un acuerdo éste no se cumple. Por otra parte, el castigo puede consistir en que la persona sea exhibida a la comunidad como alguien que incumplió con normas de la misma, generando de esta manera cierta presión social y que conduce a la autolimitación de la persona en sus actuaciones futuras a raíz de la censura social. También se ha interpretado como la generación de vergüenza en la persona a manera de sancionar y prevenir la conducta. Existe en este aspecto una tensión constante con el sistema estatal de justicia, ya que éste comprende otras dinámicas. El sistema estatal es percibido por las autoridades indígenas como un sistema que es capaz de imponer la resolución del asunto, pero con otros criterios y formas. También las autoridades indígenas perciben que el sistema de justicia estatal rehúsa retomar asuntos que son importantes para la autoridad comunitaria, como en el caso del incumplimiento de una decisión de la autoridad indígena. Con esta visión, se observa que mediante el castigo impuesto por la autoridad indígena o mediante la remisión del caso por ésta al ámbito estatal, la autoridad indígena busca hacer cumplir ciertas normas de comportamiento dentro de la comunidad. Se menciona repetidamente que cuando la autoridad indígena ve que no podrá resolver el problema por el alto grado de conflictividad que representa frente a su poder de solución o por la falta de voluntad de los involucrados, anticipadamente refiere el conflicto al ámbito estatal. Otros casos trascienden al sistema estatal cuando alguien se inconforma con la solución dada por la autoridad indígena, lo que representa cierta debilidad y al mismo tiempo debilitamiento del ejercicio de la jurisdicción indígena. Finalmente, habrá que reconocer que las comunidades indígenas no cuentan con recursos ni instalaciones para hacer valer un sistema basado en el encarcelamiento por largos periodos, ni ello constituye parte de su normatividad. Las sanciones fuertes —de alguna manera igual que la sentencia de prisión en el sistema estatal— se enfocan en el aislamiento de la persona de la comunidad mediante la negación de servicios e inclusive el destierro. La conformidad de estas soluciones con los derechos humanos es un tema que debe ser analizado en una instancia especializada y en cada caso, con base en el conocimiento de la lógica, contexto y normativa del pueblo indígena en cuestión.

⁴⁵ Todas estas citas provienen de las entrevistas a autoridades de comunidades indígenas en Oaxaca, de acuerdo con la guía desarrollada por el proyecto para implementarlas. Ver Anexo I, Guía para entrevistas a autoridades indígenas.

Este fin conciliador y de paz social se enfoca en soluciones que proporcionan formas de reparación a los afectados, entendiendo que en todo caso varios pueden haber contribuido a que se produjera el conflicto. En este sentido la resolución de la autoridad indígena puede dirimir obligaciones tanto para el denunciado como para el denunciante.

“Las formas para resolver los problemas son a través de diálogos, pláticas, acuerdos, pero antes de eso primero citamos a las partes para que nos expongan sus problemas, el origen y la causa. Nosotros como autoridad dialogamos con ellos para aconsejarlos para que ambos se respeten y que no vuelvan a cometer faltas en la agencia.”⁴⁶

Además de los derechos que goza cualquier persona en un proceso judicial que pueda legitimar la restricción de derechos fundamentales, como lo son la libertad y la libre determinación de los pueblos indígenas, el derecho de acceso a la justicia para los indígenas tiene dos vertientes: la que se relaciona con el derecho a la jurisdicción indígena, y la que tiene que ver con derechos específicos de los indígenas en procesos frente a los órganos de justicia estatales.

2.2 Acceso a la justicia y jurisdicción indígena

La primera acepción importante del acceso a la justicia relacionada con la identidad indígena tiene que ver con la existencia de la jurisdicción indígena como medio legítimo para la resolución de conflictos. El primer requisito para el ejercicio de esta jurisdicción como derecho, sería su reconocimiento por el derecho positivo.

En la etapa actual de la evolución de los derechos indígenas en México la jurisdicción ya se reconoce en la Constitución mexicana, la cual recoge en este aspecto la iniciativa de la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA) y de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar (ASAL), al señalar que los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a la autonomía para “Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, *sujetándose a los principios generales de esta Constitución*, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”.⁴⁷ La legislación de Oaxaca también reconoce la autonomía a los pueblos y comunidades indígenas, incluyendo la autonomía jurisdiccional.⁴⁸

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ Art. 2, quinto párrafo, y apartado A., fracción II, CPEUM. La definición del derecho de jurisdicción indígena de la COCOPA fue “Aplicar sus sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, en particular, la dignidad e integridad de las mujeres...” (Reformas Constitucionales, Propuesta de la COCOPA, Art. 4, F. II).

⁴⁸ Art. 16 y capítulo V, Constitución Política del estado de Oaxaca.

Con base en el reconocimiento de la jurisdicción indígena, cada uno de los integrantes de los pueblos tendría el derecho de acceder a los tribunales del Estado o a las autoridades indígenas que, de acuerdo con una distribución adecuada de competencias, estén facultados para resolver el litigio en cuestión. Como corolario, los pueblos indígenas podrán ejercer su jurisdicción, lo que implica la facultad de hacer cumplir sus resoluciones.

En cuanto a la garantía de acceso pleno a la justicia, los Acuerdos de San Andrés comprometían al "reconocimiento de espacios jurisdiccionales a las autoridades designadas en el seno de las comunidades indígenas y municipios, a partir de una nueva distribución de competencias del fuero estatal, para que dichas autoridades estén en aptitud de dirimir las controversias internas de convivencia cuyo conocimiento y resolución impliquen una mejor procuración e impartición de justicia".⁴⁹ En ese sentido, no es de extrañarse que los ASAL identificaran la garantía de acceso pleno a la justicia, en el caso de las personas y pueblos indígenas, con el reconocimiento formal de la autonomía jurisdiccional indígena.

Dado que ya existe el reconocimiento constitucional y estatal del derecho de autonomía y del derecho a la jurisdicción indígena, el efectivo acceso a la justicia se traduciría en: *a)* que sea respetado el ejercicio de la jurisdicción indígena y *b)* que dentro de su comunidad las personas indígenas puedan acceder en igualdad de oportunidades a las autoridades tradicionales para la resolución de un conflicto y que la decisión sea, al igual que la del Estado, producto de un juicio justo tomando en cuenta las particularidades del sistema respectivo.

2.3 Acceso a la justicia: indígenas en procesos o juicios frente al Estado

Respecto del contexto indígena, existen distintos componentes del derecho de acceso a la justicia o del derecho de "acceder plenamente a la jurisdicción del Estado".⁵⁰ La garantía de acceder de manera efectiva a la jurisdicción del Estado contempla la protección de todos los derechos sustantivos y procesales para que un indígena pueda acceder en pie de igualdad a la justicia. En este sentido está específicamente establecido en la Constitución mexicana que en los juicios o procedimientos ante el Estado las personas indígenas tienen derecho a ser asistidas por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.⁵¹ Además, en el caso de que una persona

⁴⁹ ASAL, "Propuestas conjuntas que el Gobierno Federal y el EZLN se comprometen a enviar a las instancias de debate y decisión nacional, correspondientes al punto 1.4 de las Reglas de Procedimiento, enero 18, 1996" (PP), punto III, 2.

⁵⁰ Art. 2 constitucional, apartado A, fracción VIII, que utiliza el lenguaje de los ASAL y la Iniciativa de la COCOPA.

⁵¹ Art. 2 constitucional, apartado A, fracción VIII.

o colectividad indígena esté involucrada en un juicio o procedimiento ante el Estado, tiene derecho a que sean tomados en cuenta por la autoridad correspondiente los usos, costumbres⁵² y normas indígenas.⁵³

La obligación de tomar en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas se ha expresado de diversas maneras para su aplicación práctica en los procesos judiciales. A manera de ejemplo, una de las formas de hacer efectiva la garantía de acceso a la justicia tomando en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas es la aplicación del derecho a penas alternativas a la de prisión.⁵⁴ Este derecho parte del reconocimiento del principio indígena de justicia restaurativa y las prácticas de los pueblos en la resolución de conflictos a los que ya se hizo referencia.

En los siguientes apartados se analiza hasta qué punto la legislación secundaria y las tendencias en las prácticas constatadas en este diagnóstico aseguran, por un lado, el derecho a la jurisdicción indígena y por el otro, hacen efectivo el derecho de acceso a la justicia en procesos frente al Estado, que a su vez se compone de las prerrogativas específicas mencionadas. A través de este estudio se ofrecen elementos concretos para comprender en qué grado los indígenas oaxaqueños⁵⁵ tienen acceso pleno a la justicia, sobre todo en lo que se refiere a acceso pleno a la jurisdicción del Estado y cuáles son los obstáculos que se encuentran en las normas, sus interpretaciones y las prácticas vigentes. Se espera que estas observaciones sirvan para informar prácticas que mejoren el cumplimiento de los derechos indígenas en todas las entidades federativas, así como a nivel federal.

⁵² El art. 2, apartado A, fracción VIII, de la Constitución emplea el término "*costumbres y especificidades culturales*" (subrayado propio). Esta redacción es similar a la que establecía la Iniciativa de la COCOPA como propuesta de reforma constitucional en materia de acceso a la justicia, ya que la Iniciativa señalaba que debían tomarse en cuenta las "prácticas jurídicas y especificidades culturales" de los pueblos indígenas (art. 4, sexto párrafo). En este informe, se emplea el término "costumbre" entendiendo que abarca las acciones o formas de realizarlas que, repetidas regularmente por la colectividad, adquieren en ésta fuerza de derecho, además del conjunto de cualidades, inclinaciones y modos de proceder que son distintivos de una persona, colectividad, pueblo o nación.

⁵³ El Convenio 169 OIT establece que "Al aplicar [los Estados] la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su *derecho consuetudinario*." (subrayado propio). Sin embargo, el término "normas" es más genérico y puede abarcar tanto el derecho que proviene de la costumbre, es decir, el derecho consuetudinario (que normalmente es oral, pero puede materializarse en resoluciones o actas escritas), como las normas de carácter más bien sociológico o cultural. Para propósitos del presente informe la utilización del término "normas" se refiere a la naturaleza normativa del derecho pero que puede expresarse en formas diferentes que la escritura.

⁵⁴ Art. 10, 2), Convenio 169 OIT.

⁵⁵ Las conclusiones del diagnóstico realizado en Oaxaca a manera de proyecto piloto, pueden informar similares análisis en otras entidades federativas. Para facilitar esa comparación y la extrapolación de las conclusiones respectivas, se adjunta un cuadro comparado que refleja la normativa estatal constitucional y reglamentaria de todos los estados que tiene normativa al respecto. Ver Anexo IV: *Normatividad Nacional y Derechos Indígenas*.

SEGUNDA PARTE

Derechos humanos relevantes

En esta segunda parte del capítulo se analizan una serie de derechos específicos relacionados con el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. En la misma se encontrarán elementos concretos para comprender de qué se trata el derecho específico de acuerdo con su definición normativa y hasta qué punto ese derecho se encuentra realizado en la práctica jurisdiccional oaxaqueña. Asimismo se reflexiona sobre los principales obstáculos para la realización de tales derechos, que pueden estar a nivel de la legislación secundaria, de la forma en que se interpreta el texto legal o de las prácticas concretas que se desarrollan en las instituciones de procuración e impartición de justicia. Estas reflexiones son la base analítica que permite sustentar las sugerencias esbozadas en el capítulo final.

1. Derecho a la jurisdicción indígena

1.1 *¿Cómo se define este derecho?*

Como antes se ha señalado, este derecho se refiere a la facultad de los pueblos y comunidades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos (que comprenden normas, autoridades y procedimientos) en la regulación y solución de sus conflictos internos.⁵⁶ Correlativamente, es el derecho de los individuos indígenas a acceder a las instituciones establecidas por su propio pueblo, las cuales se entienden adecuadas a su cultura jurídica.

En el caso de México, la Constitución establece que este derecho debe sujetarse “a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”.

⁵⁶ Art. 2, quinto párrafo, y apartado A., fracción II, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo con la normatividad internacional, los pueblos indígenas tienen “el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean *incompatibles con los derechos fundamentales* definidos por el sistema jurídico nacional ni con *los derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.⁵⁷ Respecto de la materia penal, el derecho internacional en materia indígena les reconoce a los pueblos indígenas la facultad de reprimir los delitos cometidos por sus miembros conforme a sus métodos tradicionales, en la medida en que ello sea *compatible* con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.⁵⁸ Sin embargo, no exige que el sistema tradicional replique las normas o formalidades específicas de los sistemas estatales, sino que sea compatible con la protección de derechos fundamentales.

El derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias de donde deviene el derecho a la jurisdicción indígena también ha sido reconocido por la legislación de Oaxaca. La Constitución Política del estado de Oaxaca, algunos años antes que la general —en 1998— estableció, en su artículo 16 y en el capítulo V, el reconocimiento de los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas y la jurisdicción que ejercen dentro de su territorio, delegando en la ley reglamentaria la regulación de los casos y formalidades en que debía proceder tal jurisdicción, además de las formas en que las resoluciones de las autoridades comunitarias serían “homologadas y convalidadas”.

Por lo tanto, se concluye que el derecho de jurisdicción indígena implica lo siguiente:

- Que los pueblos y comunidades indígenas gozan del derecho colectivo de crear y aplicar sus propias normas, como parte del derecho de libre determinación.
- Que los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas deben ser reconocidos y su aplicación respetada.
- Que las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas tienen la facultad de resolver sus conflictos internos conforme a su propio sistema normativo (en diferentes materias: civil, familiar, penal, administrativo, etcétera), respetando los mínimos de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y los principios generales constitucionales relativos a las garantías individuales y los derechos humanos.
- Que en la práctica judicial, las resoluciones de las autoridades indígenas, emitidas en el ámbito de su competencia, deben ser respetadas por las autoridades de otras jurisdicciones.

⁵⁷ Art. 8, 2 del Convenio 169 OIT.

⁵⁸ *Ibid.*, art. 9, 1.

Existen cuatro fuentes jurídicas que contemplan, por una parte, la jurisdicción indígena como expresión de la libre determinación, y por otra, su alcance en términos más prácticos. Estos distintos aspectos del derecho a la jurisdicción indígena son complementarios entre sí. Las cuatro fuentes forman parte del derecho positivo mexicano, por lo que los servidores públicos mexicanos deben interpretar y aplicar este derecho de acuerdo con el contenido de todos estos instrumentos, como se presenta en el siguiente cuadro:

Fundamento del derecho a la jurisdicción indígena (internacional, federal y oaxaqueña)

1. Convenio 169 de la OIT, adoptado en 1989 y ratificado por México en 1990:

- Reconoce derechos de los pueblos indígenas derivados de la libre determinación:

Art. 8, 2. [Los] pueblos [indígenas] deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

- Reconoce el derecho a la jurisdicción indígena en materia penal:

Art. 9,1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformas aprobadas en 2001:

- Reconoce el derecho a la libre determinación y autonomía de pueblos y comunidades indígenas:

Art. 2 Apartado A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:...

- Reconoce el derecho a la jurisdicción indígena en todas las materias:

Art. 2, Apartado A, F.II. [Reconoce la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para] Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

3. Constitución Política del estado de Oaxaca, reformada en 1998, con adiciones y modificaciones de 2001;

- Reconoce el derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas:

Art. 16 Constitución local, primer párrafo ...El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en *el marco del orden jurídico vigente; por tanto dichos pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público...*

- Reconoce el derecho a la jurisdicción indígena en todas las materias:

Art. 16 Constitución local, séptimo párrafo ...Se reconocen los *sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción* a las autoridades comunitarias de los mismos. La ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación y *convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias.*

Capítulo V. De la Jurisdicción Indígena

Art. 112.- La Jurisdicción Indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, *dentro del marco del orden jurídico vigente* y en los términos que determine la ley reglamentaria del Artículo 116 [sic] de esta Constitución.

4. La Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (LDPCIO), expedida en 1998 y reformada en 2001:

- Reconoce el derecho a la jurisdicción indígena y la existencia de sistemas normativos internos

Art. 28.- El Estado de Oaxaca reconoce la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas con características propias y específicas en cada pueblo, comunidad y municipio del Estado...

Art. 34.- Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán *compatibilizadas y convalidadas* por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, *siempre y cuando no contravenzan la Constitución General de la República*.

Art. 35.- La convalidación de la imposición de sanciones con base en los sistemas normativos internos se hará sin menoscabo de los derechos humanos y tomando en consideración la normatividad vigente para el Estado.

Art. 36.- El Estado mantendrá comunicación constante con las autoridades de los pueblos y *comunidades indígenas para asegurar que sus sistemas normativos internos sean adecuadamente reconocidos y respetados por personas e instituciones ajenas a ellos*.

El artículo 38 define la distribución de competencias de la jurisdicción indígena en el ámbito personal, territorial y material, ubicando límites específicos a su ejercicio. Respecto de la materia penal, señala:

Art. 38, I.- Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción en los casos siguientes:

a) Tratándose de controversias en las cuales ambas partes sean indígenas ya sea que pertenezcan a un mismo pueblo o a pueblos diferentes.

Quando el conflicto de que se trate involucre como partes a indígenas y no indígenas, el infractor tratándose de asunto penal... *Podrá elegir a la autoridad a la que someterá la controversia.*

b) 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...

II. Las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas ejercerán jurisdicción con base en las formalidades siguientes:

a) Las audiencias serán públicas;

b) El infractor y en su caso el demandado serán oídos en justicia;

c) *La detención no podrá exceder de 36 horas si el asunto es administrativo. Si se trata de probable delito, la detención no excederá de 48 horas;*

La obligatoriedad de estas reglas constitucionales específicas para la autoridad indígena implica que la autoridad indígena sólo puede actuar como autoridad administrativa o como auxiliar del ministerio público en la averiguación previa. Por lo tanto, no contempla la actuación de la autoridad indígena como autoridad jurisdiccional en el contexto de su propio sistema normativo interno.

d) Todas las formas de incomunicación y de tortura del presunto infractor quedan prohibidas;

e) La resolución principal se asentará por escrito, y contendrá las razones motivo de la misma; y

f) Las sanciones que se impongan en ningún caso atentarán contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales y sociales establecidas en la Constitución General de la República.

Las resoluciones de las autoridades comunitarias de los pueblos y comunidades indígenas deberán ser consideradas como elementos necesarios para formar y fundar la convicción de jueces y magistrados”.

Este párrafo pareciera negar la jurisdicción indígena al requerir la interpretación de los jueces del estado para su legitimación. Sería apropiado un lenguaje más claro para asentar los criterios de cumplimiento con las garantías mínimas constitucionales de las resoluciones de las autoridades indígenas. En este sentido, la reciente aprobada Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí considera como sentencia ejecutoriada o cosa juzgada la resolución del juez indígena. Ver Artículo 19 de la citada ley.

1.2 Prácticas y percepciones observadas

Además de ser reconocido normativamente, el ejercicio de la jurisdicción indígena se da en la práctica, como se observa de los siguientes datos:

- Poco más de dos terceras partes de los indígenas en reclusión encuestados conocen la existencia de un sistema de resolución de conflictos indígena. Al respecto, 73% sabe que en algunas comunidades algunos asuntos o problemas pueden ser atendidos por las autoridades comunitarias.⁵⁹
- El 93% del grupo de indígenas que tenía conocimiento de un sistema normativo indígena reportó que su comunidad contaba con este sistema.⁶⁰
- Existen 374 respuestas abiertas que reportan cómo es este sistema normativo desde el punto de vista del encuestado,⁶¹ lo cual complementa la información sobre

⁵⁹ Encuesta a reclusos, pregunta P280: “¿Sabe usted que en algunas comunidades algunos problemas o asuntos pueden ser atendidos por las autoridades comunitarias?”

⁶⁰ Encuesta a reclusos, pregunta P281: “¿Y las autoridades de su comunidad resuelven asuntos o problemas que se presentan entre personas o entre una persona y la comunidad?”

⁶¹ El 22% de los indígenas que conocían la jurisdicción indígena reportaron que en sus comunidades se resuelven casos como el que dio origen a su proceso penal. (Encuesta a reclusos, pregunta P283: “¿Y para casos igual al suyo las autoridades acostumbran resolverlos con usos y costumbres?). Sin embargo sólo 3% de las personas indígenas que conocían la jurisdicción indígena reportaron que su asunto ya había sido atendido por una autoridad comunitaria antes de ser turnado a la jurisdicción del estado) (Encuesta a recluso, pregunta P284: “Atendieron su asunto en su comunidad?). Estos datos reflejan una relación jurídica poco clara en la delimitación de las dos jurisdicciones, mientras deja claro la canalización hacia el sistema estatal que realizan las mismas autoridades indígenas, quienes parecen declinar su competencia aun cuando, de acuerdo con su norma, uso o costumbre, la poseyera.

la operación de estos sistemas producto de entrevistas a autoridades comunitarias, así como a los actores del sistema de justicia estatal.

De acuerdo con varias entrevistas a autoridades indígenas la percepción es que las personas que van directamente con el ministerio público constituyen un porcentaje mínimo de casos, y el restante “viene aquí porque aquí hay confianza, le hablamos en lengua mazateco porque hay personas que no hablan español y nosotros sabemos como hay que hablarle a la gente...y hasta dónde podemos llegar, quedan satisfechos y quedan de acuerdo con las resoluciones que se dan acá”.⁶² Esta percepción de la solución de la gran mayoría de conflictos en la comunidad fue repetida en varias de las entrevistas a autoridades indígenas, sobre todo en aquellas comunidades que conservan mejor su sistema normativo y de autoridades indígenas para la organización de la vida comunitaria. Es decir, manifiestan que se solucionan gran parte de los conflictos que surgen y que existe una percepción en los pobladores indígenas de justicia social y de satisfacción razonable con la resolución de sus peticiones y conflictos.

En casos que no están satisfechas las partes, la autoridad indígena ve como opción remitir el conflicto a la autoridad estatal:

“La mayoría de los casos que le hemos dado solución son respetados por las partes. Hasta ahora aproximadamente hemos tornado ocho casos al ministerio público porque las partes se quedan inconformes, pero antes que nada nosotros atendemos el asunto aquí en el pueblo.”⁶³

Los actores del sistema, tanto jueces como defensores y agentes del ministerio público así como abogados litigantes también reconocen que existe la jurisdicción indígena en términos prácticos, pero no razonan jurídicamente esta realidad. En tal sentido, se encontraron afirmaciones como las siguientes:

“A veces nosotros como autoridades somos los que vulneramos su esfera jurídica, porque ellos ya conciliaron.” (Juez)

“...respecto al tequio⁶⁴ llegaban con el ministerio público diciendo a mí nadie me puede obligar a barrer el parque; yo llamaba a uno y otro grupo para llegar a un

⁶² Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁶³ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁶⁴ De acuerdo con la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas, artículo 43, “Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígena. Los tequios encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunitarias de cada pueblo y comunidad indígena, podrán ser considerados como pago de contribuciones municipales.”

acuerdo, allí les explicaba que el tequio es un gran beneficio para toda la comunidad." (Ministerio público del fuero común)

"...sí existe un ejercicio real de los derechos indígenas en cada comunidad desde el momento mismo de elegir a sus autoridades, a través de la asamblea..." (Abogados de OSC)

"...hemos tenido problemas en donde lugares que se aplican usos y costumbres, el juez aplica la ley y es donde surge el choque." (Defensor del fuero común)

"...es necesario plantear el principio de *non bis in idem*. Cuando en el caso de que un indígena haya sido sancionado en su comunidad, pues, ya que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito." (Defensor federal)

"Las resoluciones [de las comunidades] se respetan de hecho, no de derecho." (Juez)

Por otra parte, hay otros actores del sistema de justicia estatal que aseveran que no existe una jurisdicción indígena o que existen obstáculos importantes para su ejercicio:

"La ley indígena no se aplica y los indígenas no conocen esa ley" [se refiere al Convenio 169 de la OIT]. (Ministerio público federal)

"¿Qué relevancia tiene el Convenio de la OIT? Para nuestro caso no tiene relevancia, porque sólo acusamos." (Ministerio público)

"El derecho indígena contraviene la ley." (Juez)

"Ninguna costumbre tiene reconocimiento legal." (Ministerio público federal)

Estas percepciones demuestran que algunos actores del sistema no están dispuestos a cuestionar los esquemas jurídicos tradicionales y otros se encuentran ante un dilema al que no encuentran solución. Como se verá más adelante, esta falta de claridad respecto a la existencia o articulación de las dos jurisdicciones genera prácticas que van en desmedro de los derechos indígenas.

De acuerdo con la articulación de los derechos indígenas, al surgir la contradicción entre una norma indígena y una norma estatal cuando se juzga bajo jurisdicción estatal se debe *tomar en cuenta* las normas, usos y costumbres indígenas. En cambio, el ejercicio de la jurisdicción indígena conlleva no sólo *la aplicación de una normativa propia* como la referida en la LDPCIO, sino también un sistema jurisdiccional *con procedimientos y autoridades propios* para la aplicación de la misma.

En cuanto a los procedimientos empleados para resolver conflictos por parte de los pueblos y comunidades indígenas, hubo coincidencia entre las autoridades comunitarias entrevistadas con respecto a que:

"...nos ayudamos todos los que integramos el cabildo, pero primeramente dejamos que las personas dialoguen para que se pongan de acuerdo y posteriormente intervenimos nosotros las autoridades y en el caso de que las partes no se ponen de acuerdo entonces nosotros opinamos y damos solución al problema y cuando nosotros como autoridad no podemos dar solución a los problemas o conflictos entonces citamos a los ancianos para que intervengan, ya que ellos son personas de experiencia porque han ocupado diferentes cargos comunitarios en la comunidad y con ellos lo solucionamos y en el caso de que no se llegue a ninguna solución, entonces convocamos a una asamblea general para que se le plantee el asunto y entonces ellos determinan la solución ya que ellos son la máxima autoridad".

"Las formas para resolver problemas son a través de diálogos, pláticas, acuerdos, pero antes de eso, primero citamos a las partes para que nos expongan sus problemas, el origen y la causa, nosotros como autoridad dialogamos con ellos para aconsejarlos para que ambos se respeten y que no vuelvan a cometer faltas en la agencia."⁶⁵

Existen también muchos comentarios coincidentes que revelan el grado de legitimidad del ejercicio de la jurisdicción indígena, como los siguientes:

"Hasta ahorita todas las soluciones han sido respetadas porque para eso primero se citan a las partes para que dialoguen para que ellos mismos sean testigos de la solución y la mayoría se cumplen porque nosotros como autoridad nos tienen que respetar porque para eso nos nombraron para administrar justicia de la comunidad y no para ir a favor o en contra de los habitantes, además de que la mayoría son respetados se cumple. Siempre que hay problemas se dialogan en cabildo y todos los problemas se acuerdan, pero en caso de que no se acuerdan las personas o los habitantes se quejarán y nosotros quedamos mal con el cargo que cada quien ocupamos, y para eso tenemos que consultar a los ancianos".⁶⁶

Como puede observarse, además de la existencia de recursos en caso de inconformidad de una o ambas de las partes en conflicto, se reitera en varias comunidades la

⁶⁵ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁶⁶ *Idem*.

visión de las autoridades elegidas⁶⁷ por su gente como las personas legitimadas para mantener la paz y la armonía social y dar cauce justo a las demandas de los pobladores. Asimismo, se nota que los procedimientos contemplan la participación de las personas afectadas por el conflicto, un sistema de rendición de cuentas respecto a las decisiones, y la publicidad de los juicios como características esenciales del proceso.

1.3 Distribución de competencias y articulación de los sistemas indígena y estatal

La existencia de varias jurisdicciones presume una distribución de competencias y su articulación. La percepción compartida de las autoridades indígenas entrevistadas sobre la distribución de competencias entre los sistemas indígena y estatal de justicia está reflejada en la siguiente cita:

"Nosotros como autoridades y los habitantes de este pueblo, consideramos necesario trasladar asuntos graves a nuestro distrito..., porque hay problemas graves en que si podemos darles solución, pero sabemos que se debe resolver a través de la ley como por ejemplo: el asesinato, robo de ganados, violación, secuestro y otros más que ustedes como licenciados se dan cuenta de cada delito que existen, pero en nuestra comunidad no se dan esos casos porque las personas se respetan y ellos saben cómo se van a ser castigados, en el caso de llegar estar en esos supuestos o en estos problemas. Hasta el momento no hemos trasladado ningún asunto".

"...consideramos necesario trasladar o pasar algunos delitos ante el ministerio público como en el caso de homicidio, robo, asaltos, etc., tratándose de problemas graves y de difícil solución o cuando las partes no se presten o son necios para dar solución a sus problemas..."⁶⁸

⁶⁷ El estudio comparado sobre sistemas de selección de autoridades judiciales arroja maneras muy distintas de designar jueces, e incluye el nombramiento por el propio gremio de jueces, elección popular y sistemas de selección por carrera, entre otros. Los sistemas de selección se verán complementados por diferentes mecanismos de rendición de cuentas. A nivel internacional el requisito de la independencia judicial se refiere a la ausencia de intromisiones indebidas respecto a la función judicial de juzgar en base a "los hechos y en consonancia con el derecho, sin restricción alguna y sin influencias, alicientes, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sean directas o indirectas, de cualesquiera sectores o por cualquier motivo." *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura* adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, confirmados por la Asamblea General en su resolución 40/146 del 13 de diciembre de 1985. Ver también *Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial* E/CN.4/2003/65.

⁶⁸ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

Respecto al ámbito de competencia, para las autoridades indígenas la línea entre lo "grave"⁶⁹ y lo "no grave" no depende necesariamente de una apreciación del código penal, sino de su propio entorno. En varias comunidades las autoridades entrarán a resolver conflictos que se suscitan aun cuando un actor del sistema los puede llegar a calificar como graves, cuando dentro de su sistema normativo interno cuentan con esa facultad y, por lo tanto, en el interior de sus comunidades se hallan legitimadas para hacerlo. En este sentido, algunas autoridades indígenas reportan que resuelven casos que pudieran ser calificados como daños, lesiones, robos, "de borrachitos", difamación, violencia intrafamiliar, problemas respecto a límites de tierras, rapto, portación de armas blancas, amenazas, robo de ganado, asaltos, conflictos relacionados con la tala de árboles o incendios que se producen por accidente y en algunas comunidades hasta acusaciones de violación y responsabilidad por muertes.

Al enunciar estas competencias en el contexto de las entrevistas, no queda del todo claro que la nomenclatura que se utiliza refleja precisamente los tipos penales referidos con similar nombre en el Código Penal del estado. En este sentido, por ejemplo, existe el caso de un hombre procesado por robo al intentar hacer valer frente al yerno su derecho tradicional a la dote por el casamiento de su hija. Este conflicto no sería calificado como robo en la comunidad; sin embargo, lo fue en el sistema estatal. Por otra parte, la restricción del Código Penal a la competencia indígena sobre robo en casos donde el valor de lo robado no supere cien salarios mínimos es una división de competencia poco funcional para la garantía del respeto a la integridad de los pueblos y sus instituciones, ya que su lógica nada tiene que ver con el reconocimiento de esas instituciones, prácticas o costumbres.

De este análisis queda claro que las autoridades indígenas en muchos casos son legitimadas para resolver asuntos en sus comunidades que podrían ir más allá de la jurisdicción otorgada por la legislación estatal.⁷⁰ Sin embargo, varias autoridades indígenas también comentaban que ya no resuelven cuestiones que antes resolvían, por temor a ser procesados por abuso de autoridad o señalados por violaciones a los derechos humanos.

⁶⁹ En una comunidad la autoridad indígena se refirió de la siguiente manera a la determinación de la gravedad del comportamiento: "los casos graves son de sangre". En otro caso aclaró que "[H]ay casos que a veces son graves que si podemos solucionar con diálogo a efecto de que las personas recapaciten porque si los consignamos con el ministerio público los refundirían más. Claro, siempre y cuando no haya muertos, porque cuando llega haber muertos es el ministerio público el que resuelve." Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁷⁰ Habría que considerar que la muestra se limita a personas en reclusión. Es muy probable que los conflictos respecto al ejercicio de la jurisdicción indígena se producen en muchos casos "no graves" de acuerdo con el Código Penal del estado y por ello no implican la detención de la persona. Por lo tanto, se puede afirmar que existen menos representación en la muestra de casos que están en el sistema estatal pero que fueron resueltos con anterioridad por la jurisdicción indígena. Otro sesgo consiste en las diferencias en la calificación de los delitos como pertenecientes a una u otra jurisdicción, ya que no hay una correspondencia al respecto entre los dos sistemas.

"...en algunos casos el obstáculo o las trabas que tenemos para conocer y solucionar los problemas que conocemos es de que interviene derechos humanos del estado y es por eso que nosotros decidimos no atender los asuntos y es por eso que pasamos los asuntos tanto graves como algunos casos no graves que consideramos pueden ser atendidos dentro de la comunidad por las autoridades que integramos el cabildo."

"...cuando nosotros queremos aplicar nuestras sanciones de acuerdo a nuestros usos y costumbres interviene derechos humanos...y lo que nos crea es una inestabilidad en las comunidades indígenas, ya que a veces nosotros ya ni queremos actuar en contra de los que cometen una falta por el temor de nosotros de que nos acusen de abuso de autoridad..."

"...hay una persona que ya van como tres años que no quiere prestar su servicio, se niega. Sin embargo el pueblo le da agua, sus hijos están en la escuela y él se niega a desempeñar el cargo y lo peor es que fue a derechos humanos y le hicieron caso...y según he revisado...cada año es lo mismo...derechos humanos siempre lo apoya y él rechaza los nombramientos...imagínese si todos hiciéramos lo mismo ¿quién serviría al pueblo?"⁷¹

Además de estar conciente de su calidad de autoridad indígena, igualmente reconocen la necesidad de articulación y coordinación con el Estado, y no sólo en el ámbito jurídico:

"Para apoyar a los usos y costumbres es necesario hacer una asamblea general y de ahí sacar opinión de los pueblos y de lo que ellos pidan qué es lo que las autoridades del Estado puedan dar, hacer o no hacer, es decir qué es lo que le falta al pueblo y sacar adelante en beneficio de nuestro pueblo. Queremos...que también el gobierno respete como pueblo aparte que somos, ya que nosotros aplicamos nuestra ley de acuerdo a nuestro pensar (criterio). También pedimos al gobierno la seguridad de la población...de parte de la policía preventiva del estado; ya que por aquí cualquiera quiere robar, secuestrar y cometer algún delito".⁷²

Pero quizás la petición más reiterada y constante que se deriva de las entrevistas con estas autoridades es que se respeten sus formas de regulación interna y de solución de conflictos:

⁷¹ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁷² Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

“Para nosotros es muy importante que se conserven las costumbres, la forma de arreglar nuestros problemas, porque no perjudicamos a nuestros paisanos, creo que es mejor de esta manera, porque todos nos conocemos y la aplicación de la ley por medio del ministerio público juzga sin conocer a las personas.”⁷³

“Que no desaparezcan nuestras costumbres, tales como el tequio ya que como todos sabemos en nuestras costumbres hay cosas que el Estado lo ve mal, pero para nosotros esta es nuestra forma de vida.... nosotros tenemos nuestra propia ley.”⁷⁴

“Que se nos respete la autonomía ya que como dije hay contraposición entre las leyes del Estado con nuestro derecho indígena.”⁷⁵

Por lo que toca a los ámbitos de validez de esta jurisdicción en el caso de Oaxaca,⁷⁶ el artículo 38 de la LDPCIO señala que la autoridad indígena es competente en “materia penal” cuando las partes en la disputa legal sean indígenas, pertenezcan o no al mismo pueblo. Cuando una de las partes sea indígena y la otra no, en materia penal, se tomará la determinación del acusado. La ley reconoce así la competencia de las autoridades indígenas en materia penal, y por otra parte establece que en ciertos casos su jurisdicción puede incluso extenderse a personas no-indígenas cuando también han intervenido en los hechos personas indígenas.

A pesar de que la opción de alegar la competencia estatal del caso se aplica sólo cuando la disputa involucra a una persona no-indígena, de las entrevistas con autoridades indígenas se observa que refieren anticipadamente casos al sistema estatal, ante los obstáculos que enfrentan para hacer valer sus decisiones. Para que la jurisdicción indígena en asuntos propios de la comunidad sea respetada plenamente, debe tener la facultad y opción real de que sus resoluciones sean respetadas.

En cuanto al ámbito territorial de la jurisdicción indígena bajo esta ley, el artículo 40 determina que serán competentes las autoridades indígenas del lugar en donde se cometió el delito, lo cual es congruente con la práctica de los pueblos.

Sin embargo, en lo que es un excesivo acotamiento del derecho a la libre determinación y a la autonomía establecida en las constituciones estatal y federal, la ley estatal señala que la autoridad indígena sólo intervendrá en los delitos que tipifica el

⁷³ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁷⁴ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁷⁵ Entrevistas a autoridades de comunidades indígenas.

⁷⁶ No existe una ley que regule a nivel de los delitos federales la delimitación de la jurisdicción indígena y la articulación de estos dos sistemas de justicia. Este hecho cobra relevancia respecto a los delitos implicados a raíz de la explotación de recursos naturales por los pueblos indígenas, el uso de armas en las comunidades y de algunas sustancias psicotrópicas que tienen uso y significado cultural (por ejemplo el peyote), entre otros tipo de regulación que compete a las autoridades federales.

Código Penal oaxaqueño donde la sanción sea económica o no exceda de dos años de prisión, dejando evidentemente fuera de su jurisdicción las conductas reprochables desde su propia perspectiva cultural.⁷⁷ Al analizar la lista de delitos que abarca esta división de competencias, se concluye además que el criterio utilizado para delimitar la jurisdicción indígena no corresponde a un criterio de reconocimiento y garantía del derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas.

La lista incluye delitos como los siguientes:

1. Oposición a que se ejecute alguna obra o trabajo público,
2. quebrantamiento de sanción o de sellos,
3. violación de correspondencia,
4. falsedad en las declaraciones judiciales o en informes dados a una autoridad,
5. delitos de los abogados, patronos y litigantes,
6. delitos cometidos contra funcionarios públicos,
7. abuso de autoridad y otros delitos oficiales en un solo supuesto relacionado con la actividad del defensor de oficio,
8. evasión de presos.

El Código Penal otorga a las comunidades indígenas jurisdicción sobre estos delitos, entre otros, que se considerarían con toda lógica propios de la jurisdicción estatal. Por otro lado, no existe referencia alguna al ámbito de resolución de conflictos de las comunidades. Lo que más llama la atención es que se les permite aplicar unos delitos del Código Penal del Estado, pero no su propia normatividad que se reconoce a nivel constitucional.

Como se menciona al inicio de este apartado, la encuesta revela que de los indígenas que conocían la jurisdicción indígena 22% reportó que un asunto igual al suyo pudo haber sido atendido por su comunidad.⁷⁸ Sin embargo, sólo en 3% (12) de estos casos se reportó que fueron atendidos por su autoridad comunitaria antes de serlo por un ministerio público estatal. De estas doce personas sujetas a proceso penal que reportan haber sido sometidas a un procedimiento en sus comunidades, se considera que cinco constituyen posibles violaciones al principio *non bis in idem*, según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya que la autoridad indígena ya habría llegado a una determinación sobre los hechos, anterior a la intervención del sistema estatal de justicia.⁷⁹

⁷⁷ Art. 38, fracción I, inciso b).

⁷⁸ P283.

⁷⁹ En tres de los casos no se llegó a un acuerdo, a pesar de que en un caso el responsable pagó los gastos médicos que se derivaron de las lesiones. En otro se constata que la víctima no quiso intentar llegar a un acuerdo, solicitando que el asunto fuera trasladado de inmediato al ministerio público.

Al mismo tiempo que se registra un ámbito de traslape en el ejercicio de estas dos jurisdicciones, las respuestas de los encuestados indígenas también confirman que una gran mayoría de ellos están conscientes de que su asunto fue conocido por la autoridad estatal, dado que no era competencia de la jurisdicción indígena. El 78% de los encuestados que conocían un sistema normativo en su comunidad reportan que el delito por el cual estaban presos no era un asunto atendible por la autoridad comunitaria.⁸⁰ Sin embargo, como se ha visto, la autoridad indígena refiere casos al sistema estatal bajo varios supuestos aun cuando el conflicto podría caer bajo su jurisdicción de acuerdo con la normativa indígena. Se observa que el ejercicio de la jurisdicción se limita en la medida que las autoridades perciben que los conflictos vayan a trascender, lo que representa el riesgo de ser procesadas o recriminadas por su actuación aun cuando actúen de acuerdo con su sistema normativo interno. Asimismo, a veces la autoridad indígena, que de alguna manera actúa como filtro para el ingreso de casos al sistema penal estatal, refiere casos a la jurisdicción estatal para “castigar” al que no quiere llegar a un acuerdo a nivel comunitario. Por otra parte, se desconoce el número o alcance preciso de los asuntos que nunca trascienden y son resueltos por estas autoridades.

Dentro de este contexto general, las autoridades indígenas reconocen que las autoridades estatales conocen los casos más graves (por ejemplo homicidio y violación), y que la jurisdicción indígena resuelve los casos menos graves (como robo, abigeato, amenazas y lesiones) y cuando no pueden solucionar el conflicto también lo refieren al sistema de justicia estatal. Las siguientes cifras tomadas de los expedientes revisados parecen corroborar la realidad descrita por las autoridades de las comunidades indígenas acerca del ejercicio de su jurisdicción:

DELITO PRINCIPAL POR EL CUAL INGRESÓ LA POBLACIÓN ENCUESTADA			
TIPO DE DELITO	DELITO	INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
Contra las personas	Homicidio	59.5	38.3
	Violación	13.2	14.8
	Lesiones	8.9	7.7
	Abuso sexual	1.0	0.0
	Tentativa de homicidio	0.9	0.5
	Secuestro	0.7	2.4
	Allanamiento de morada	0.5	0.0
	Privación ilegal de la libertad	0.2	0.0
	Asalto	0.2	1.0
	Amenazas	0.2	0.0
Patrimoniales	Robo con violencia	7.2	13.4
	Robo sin violencia	0.9	4.8
	Fraude	0.7	1.4
	Despojo	0.2	1.9
	Daños	0.2	0.5
	Otros	5.7	13.4
Total		100%	100%
Número de casos		584	210

Como se observa en los datos de esta gráfica la distribución dentro de los grupos indígenas y no-indígenas con relación al porcentaje de casos que se vinculan con delitos graves, tales como el homicidio, la violación y el robo con violencia, en comparación con el porcentaje de delitos no graves es significativa. Para los indígenas los delitos de mayor violencia son los que se ven dentro del sistema estatal de justicia, constituyendo 80% de los cargos contra indígenas frente a 1% por delitos de robo sin violencia, mientras en el grupo de no-indígenas la relación es de 67% y 5% respectivamente. Esta diferencia en la distribución de delitos dentro de los respectivos grupos es significativa y corrobora lo relatado sobre el ejercicio de la jurisdicción indígena y la canalización, por las autoridades indígenas, de los casos "graves" al sistema estatal.

La mayor disyuntiva que crea la LDPCIO, sin embargo, resulta al considerar que ésta señala que aun en casos de baja cuantía las autoridades actuarán no como jueces, sino como auxiliares del ministerio público o del poder judicial.⁸¹ Esta limitación, que resulta ser un obstáculo importante para el ejercicio de la jurisdicción, se exagera dado que en la mayoría de los casos las autoridades indígenas fungen también como autoridades municipales, lo que genera una confusión al abarcar la autoridad indígena y la municipal distintas obligaciones y ámbitos de actuación. Si se toma como parámetro lo que establece de la Ley Municipal del Estado (arts. 111 a 114)⁸² y la Ley Orgánica

⁸¹ LPDCIO art. 38(1)(b). "...en estos casos (delitos sancionados en el Código Penal del estado de Oaxaca con pena económica o corporal que no exceda de dos años de prisión) las autoridades comunitarias actuarán, a través de sus órganos competentes, como auxiliares del Ministerio Público o del Poder Judicial."

⁸² ARTÍCULO 111.- La justicia en los Municipios del Estado se impartirá a través de los alcaldes o jueces municipales, que serán nombrados de conformidad con el artículo 113 Fracción VIII de la Constitución Política Local, durarán en el desempeño de su cargo un año a partir de la fecha de su nombramiento el cual podrá prorrogarse por acuerdo del cabildo hasta el término de la gestión.

ARTÍCULO 112.- Son atribuciones de los Alcaldes o jueces municipales:

I.- Conocer de los asuntos de jurisdicción voluntaria y de aquellos no contenciosos de su competencia que soliciten las partes con excepción de las informaciones de dominio y *ad perpetuam*;

II.- Auxiliar a los tribunales y jueces del Estado; por ende, desempeñar las funciones que unos y otros les encomienden, lo mismo en materia civil que en materia penal y para tal cometido, los alcaldes se ajustarán al mandamiento respectivo; y

III.- Conocer como instancia conciliatoria: De los asuntos civiles y mercantiles cuyo monto no exceda del importe de cincuenta salarios mínimos generales, ...

ARTÍCULO 113.- El procedimiento conciliatorio se sujetará a las siguientes normas:

I.- El reclamante acudirá por escrito o por comparecencia ante el alcalde o juez municipal, precisando las pretensiones que reclame de su contraria, solicitando lo cite a su presencia para los efectos de la audiencia conciliatoria prevista en este precepto;

II... Si cualquiera de las partes no comparece después de haber sido citada personalmente por segunda vez, se entenderá que no desea la conciliación y se mandará archivar el asunto como concluido.

III.- ...Los acuerdos que se tomen tendrán carácter de cosa juzgada para todos los efectos procedentes y su ejecución en caso de incumplimiento corresponderá a los jueces de Primera Instancia.

ARTÍCULO 114.- Para el debido ejercicio de la justicia municipal:

I.- El Poder Judicial a solicitud de los municipios instrumentará la asesoría permanente de Alcaldes y expedirá un manual de procedimientos ...

II.- Los Alcaldes para hacer cumplir sus determinaciones, pueden emplear cualquiera de las siguientes

del Poder Judicial Estatal, (art. 45),⁸³ a la autoridad indígena se le da sólo el papel de auxiliar de la administración de justicia estatal y no de autoridad jurisdiccional.

De esta manera, la ley secundaria parece restarles, a las autoridades indígenas, posibilidades reales para el ejercicio de la jurisdicción. Es decir, el contenido específico que se da a las autoridades indígenas para ejercer su competencia en materia penal no tiene fundamentos jurídicos ni socio-antropológicos claros y tampoco responde a que, de acuerdo con los testimonios de las autoridades entrevistadas es la práctica en estos municipios, donde se resuelve un número importante de conflictos locales.

Por otra parte, además de legitimar el tequio, la ley no contempla cómo se pueden tratar los delitos así definidos en el ámbito comunal, o las conductas delictivas para el derecho nacional pero permitidas en el ámbito indígena. Esta situación es más evidente respecto a los delitos federales que consisten en prohibiciones recientes que reglamentan la convivencia social, pero sin que necesariamente se hayan tomado en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas al legislarlas. De esta manera, lo que la ley ambiental (prohibición del consumo de huevos de tortuga) o contra la salud (prohibición del consumo de peyote) considera delito, no necesariamente lo será en el ámbito de una comunidad indígena. Es más, puede tratarse de comportamientos que tienen un significado cultural importante, relacionado con la cohesión social y el desarrollo de la comunidad y pueblo indígena. Por estas razones, la determinación de la jurisdicción indígena debe abarcar estas diferencias respecto a la calificación de lo prohibido y lo permitido, dejando de definirse sólo en términos de posibles excluyentes de responsabilidad. La jurisdicción supone la facultad de aplicar y hacer cumplir una norma dentro de su ámbito de competencia.

Es bastante probable que en la práctica la resolución de conflictos por parte de las autoridades indígenas pudiera exceder la competencia acotada que les reconoce la ley de Oaxaca. No obstante, desde el punto de vista constitucional las autoridades de estos pueblos están respetando la prescripción que reconoce su derecho de

medidas de apremio que juzgue eficaz:

- a).- Multa hasta por diez días de salario;
- b).- El auxilio de la fuerza pública;
- c).- Arresto hasta por treinta y seis horas.

Si el caso exige mayor sanción, se dará parte a la autoridad competente.

⁸³ ARTÍCULO 45.- Los Alcaldes, independientemente de las facultades que les otorga la Ley Orgánica Municipal, son auxiliares de los Jueces y Tribunales del Estado; por lo tanto desempeñarán las funciones que unos y otros les encomienden en materia penal, civil, familiar o mercantil, ajustándose en la práctica de diligencias a las disposiciones del Código de Procedimientos respectivo. Todos los demás Servidores Públicos del Estado, son Auxiliares de la Administración de Justicia y por ello deben prestar la cooperación que las Leyes determinen, estando obligados a cumplir las órdenes que dentro de sus facultades dicten las autoridades judiciales.

En los lugares en los que no exista la figura Jurídica del Alcalde, serán auxiliares del Poder Judicial, las Autoridades Comunitarias de los Pueblos y Comunidades Indígenas en los términos de los Artículos 16 y 138 *bis* A de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca y la Ley Reglamentaria respectiva.

decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural, así como de aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos. Parece evidente que algunas de las disposiciones de la legislación oaxaqueña, cuya promulgación es previa a la reforma constitucional de 2001, han quedado desfasadas del actual espíritu del artículo segundo de la Constitución mexicana.

1.4 El ejercicio de la jurisdicción indígena en Oaxaca desde la perspectiva de los derechos humanos

De acuerdo con el derecho internacional, como se ha mencionado, la autonomía indígena puede ejercerse libremente sin más limitante que el respeto a los derechos humanos reconocidos por los órdenes jurídicos nacional e internacional. Con estas bases, debe tenerse en cuenta que la expresión y vivencia cotidiana de los derechos humanos no es homogénea ni uniforme entre distintas sociedades, pueblos o naciones.

En este sentido, la ley reglamentaria de Oaxaca en materia indígena determina que en los casos de rebeldía o resistencia a la ejecución de las resoluciones de autoridades indígenas, éstas deben dar parte al Estado para que las auxilie en la eficaz ejecución.⁸⁴ Es admisible que el Estado coadyuve con la autoridad indígena para imponer coercitivamente las resoluciones tomadas conforme a los parámetros normativos internos, pero también se desprende de la lectura del artículo que la primera responsabilidad para hacer valer estas resoluciones la tiene la propia autoridad indígena a través de sus medios punitivos internos, lo cual garantiza una administración de justicia autónoma.

La LDPCIO retoma el reconocimiento de los sistemas normativos contenidos en la Constitución oaxaqueña y explica los alcances del mismo, definiendo que se reconocen estos sistemas normativos con las características propias y específicas de cada pueblo.⁸⁵ Se puede interpretar que esta redacción implica que no hay un tipo de reconocimiento estándar, sino que este reconocimiento será adecuado a cada una de las jurisdicciones, mismas que pueden expresar contenidos jurídicos diversos entre sí. Para la ley estas jurisdicciones diversas, cuyos contenidos son reconocidos en sus propios términos, son consideradas derecho vigente y en uso en el estado de Oaxaca, por lo que su observancia y aplicación es tan obligatoria como la de cualquier otro cuerpo normativo vigente en la entidad.

⁸⁴ Artículo 40 LDPCIO.

⁸⁵ Artículo 28 LDPCIO.

No obstante, el artículo 29 de la misma ley restringe la validez de tales normas al “ámbito de la prevención y solución de conflictos, siempre y cuando no contravengan la Constitución Política del Estado, las *Leyes Estatales vigentes*, ni vulnere derechos humanos, ni de terceros”. La disposición del art. 29 parece subordinar el ejercicio de la jurisdicción indígena a toda la legislación vigente, en vez de establecer únicamente criterios mínimos para su ejercicio, como se dispone en la Constitución federal: sujeción a los principios generales de la Constitución, respeto a las garantías individuales y a los derechos humanos.

La interpretación del art. 29 que reconocería solamente las normas indígenas que fuesen iguales a las del sistema jurídico nacional negaría el reconocimiento de la existencia de diferentes sistemas normativos. Una interpretación consonante con el régimen constitucional federal solo requeriría la verificación que la aplicación del sistema normativo indígena cumpla con ciertos requisitos mínimos, interpretados desde una perspectiva intercultural.

Por ejemplo, según los términos en que está redactada la Constitución, una comunidad integrante de un pueblo indígena tiene derecho a sancionar conductas como el adulterio o la falta de observancia de ciertas prácticas rituales, aun cuando tales conductas no sean sancionadas por el derecho estatal. La definición de un catálogo de conductas que atentan contra los valores de una sociedad es propia de cualquier sistema normativo. Su definición es una lógica expresión de la autonomía que permite a los pueblos indígenas decidir sus formas de convivencia y organización social y política. También tienen derecho a aplicar estas normas si se sujetan a los principios de la Constitución, respetan las garantías individuales, los derechos humanos y de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.

Alguien podría suponer que la sanción a estas conductas puede contravenir por ejemplo, el principio de legalidad o de exacta aplicación de la ley penal, ambos principios constitucionales. Sin embargo, una interpretación más acuciosa mostrará que siendo el reconocimiento de la pluriculturalidad otro principio constitucional, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, la legalidad que se debe aplicar estrictamente en estos casos no es la ordinaria, sino la emanada de sus propios sistemas normativos, que también están reconocidos constitucionalmente. El compromiso del pueblo indígena con el Estado es de actualizar tales principios en sus sistemas normativos. En tal sentido no es la autoridad indígena la que inventa la conducta reprochable en cada caso, si no que aplica lo que previamente se definió en su comunidad a través de sus propias instituciones y procedimientos de formalización de la norma. Eso es lo que tiene que probar la comunidad y no su apego a los códigos penales de las entidades. Es decir, si bien las instituciones indígenas están obligadas a respetar los mínimos establecidos en la Constitución, el parámetro para determinar si respetan los principios constitucionales no puede ser la legislación secundaria sino los principios más generales adecuados al propio entorno cultural, político, económico y social que la propia Constitución reconoce y protege.

En el mismo sentido, al hablar de que “no vulnere derechos de terceros”, esta norma de la ley indígena estatal establece una definición demasiado categórica y a la vez amplia y ambigua, abriendo la puerta a la desprotección de la jurisdicción indígena. No se especifica la naturaleza de los derechos que se protegen con este lenguaje, ni su jerarquía frente al derecho a la jurisdicción derivada del derecho a la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas. ¿Cuáles son los derechos que la Constitución pretende salvaguardar y qué valor tendrían estos derechos de cara a los derechos de los propios pueblos indígenas?

Como conclusión, la LDPCIO parecería ir más allá del texto constitucional al establecer requisitos adicionales para el reconocimiento y ejercicio de la autonomía indígena, y que además hacen que el reconocimiento de otro sistema normativo en condiciones de igualdad se vuelva inviable en la práctica.

De los requisitos más específicos en el ejercicio de la jurisdicción de los pueblos y comunidades indígenas de Oaxaca y entendidos en la ley como formalidades de la jurisdicción, el que se refiere a que no haya detenciones mayores de 36 horas en caso de faltas administrativas y de 48 en caso de posibles delitos, es otro requisito que parece desconocer la calidad jurisdiccional a la autoridad indígena ya que ambas normas son aplicadas en el sistema estatal a autoridades no jurisdiccionales. Por otra parte, el requisito de asentamiento por escrito de la resolución principal impone criterios del derecho estatal cuando ello no es preciso: la prueba de una resolución de la autoridad indígena podría de igual manera comprobarse ante el sistema estatal, en caso necesario, recurriendo al testimonio oral de las mismas autoridades o al público que presencié el procedimiento o participó en ello, sobre la naturaleza y fundamento de su resolución. En este sentido, el carácter oral⁸⁶ de los sistemas normativos indígenas facilita esta forma de comprobación.

Respecto a que los procedimientos y las resoluciones que se impongan en ningún caso atenten contra los derechos humanos ni contra las garantías individuales y principios generales establecidos en la Constitución General de la República, resulta razonable que estos requisitos comprendan la publicidad de las audiencias, que las partes sean escuchadas en el juicio y que se prohíba la tortura y la incomunicación. El propio Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México “recomienda a las comunidades y los pueblos indígenas que la aplicación en su ámbito de las costumbres jurídicas tradicionales debe hacerse con el más estricto respeto a los derechos humanos individuales universales establecidos en la legislación internacional y nacional, con especial atención a los derechos de las mujeres”.⁸⁷ Esta obligación también se aplica al ámbito de las prácticas y leyes del Estado.

⁸⁶ Es de resaltar que la legislatura de Oaxaca ya aprobó la reforma del código de procedimientos penales para incorporar el juicio oral y público para la materia penal en el Estado. Esta reforma contempla una ampliación importante del alcance de la jurisdicción indígena, pero bajo el supuesto de la conformidad de las partes con la intervención de la autoridad indígena, y sin resolver la cuestión de la articulación de las dos jurisdicciones cuando surja alguna inconformidad.

⁸⁷ Capítulo 6, Derechos de los Pueblos Indígenas, 6.11 Propuestas, “La justicia”, p. 160.

Es instructivo analizar cómo el sistema estatal de justicia resolvería este tipo de conflicto, para poner en perspectiva las formas de gestión de un conflicto similar respecto al ejercicio de la jurisdicción indígena. Para la jurisdicción estatal, la aplicación de una norma contraria a los derechos de las mujeres no necesariamente conllevaría al procesamiento penal del juez que lo aplica. Al contrario, existe la obligación de aplicar una norma de este tipo en primera instancia, ya que se reserva el control constitucional a los tribunales federales, el que se invoca mediante el amparo,⁸⁸ o una acción de inconstitucionalidad.⁸⁹ Se señala como ejemplo el tipo penal del aborto, definido de la siguiente manera en el artículo 315 del Código Penal de Oaxaca:

"Artículo 315.- Se impondrá de seis meses a dos años de prisión a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I. *Que no tenga mala fama;*...
- II. *Que haya logrado ocultar su embarazo;* y
- III. *Que éste sea fruto de unión ilegítima.*

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión."

La referencia a la falta de "mala fama" de la mujer, que resulta ser un atenuante en el contexto de la legislación penal referida, discrimina en base a género, ya que obliga al juez/a a hacer una valoración en relación con la conducta sexual de las mujeres. El pasado sexual o social de una mujer no puede ser tomado en consideración al juzgarla, ya

⁸⁸ La Constitución mexicana pareciera prever en su artículo 133 un sistema de control difuso de la constitucionalidad. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado este artículo de la siguiente manera:

"CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. No lo autoriza el artículo 133 de la Constitución. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, *esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto*". *Novena Época, pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo X, Agosto de 1999, tesis: P./J. 74/99, página: 5*. Esta posición restringe la posibilidad de garantizar en la práctica, y con eficacia, los derechos humanos incorporados al marco jurídico nacional por medio del artículo 133 constitucional.

⁸⁹ La acción de inconstitucionalidad sólo puede ser promovida por una minoría parlamentaria, el Procurador General de la República, los partidos políticos, y desde la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006, por la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

que se refiere a su vida privada y no pertenece a un ámbito público susceptible de regulación estatal. No debe importar si la mujer es monja, homosexual o heterosexual: son situaciones y circunstancias irrelevantes a la hora de decidir si se tipifica o no un delito. En este sentido el Diagnóstico de 2004 de esta Oficina sobre la Situación de los Derechos Humanos en México recomendó:

“Promover que se elimine de los códigos penales todo elemento que opere en detrimento de la protección de los derechos de las mujeres y de bienes jurídicos de gran valor social como la vida, la integridad física, emocional y sexual, y la libertad corporal, emocional, sexual y de tránsito. Particularmente se debe:

Derogar las agravantes, atenuantes o eximentes que responden a consideraciones morales y protegen el honor...”

El análisis de una normatividad indígena podría, de igual manera, evidenciar la necesidad de derogar normas al interior de la comunidad de manera que se aseguren los derechos de las mujeres. En todos los casos, el proceso que determine los cambios necesarios debe realizarse mediante un diálogo respetuoso que parta del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y la legitimidad de sus autoridades. Respecto a la aplicabilidad a la justicia indígena de las reglas específicas de garantía contempladas en el sistema estatal de justicia, éstas deben ser analizadas a la luz de la lógica de los sistemas normativos indígenas y los mínimos que deben respetarse de acuerdo con las exigencias en materia de derechos humanos.

Para evaluar si el derecho indígena de determinada comunidad, así como las resoluciones de sus autoridades tradicionales, se adecuan o no a los principios constitucionales mexicanos, a las garantías individuales y a los derechos humanos, se hace necesaria la creación de mecanismos jurisdiccionales para analizar, bajo una perspectiva no formalista y del pluralismo jurídico, la esencia del valor protegido por cada derecho. Una vez hecho esto, la autoridad judicial competente puede revisar bajo ese parámetro si ese valor se respeta y se defiende de acuerdo con criterios mínimos universales, tomando en cuenta que cada comunidad puede aplicar esos principios y estándares de maneras distintas.⁹⁰

Bajo esta perspectiva, las limitaciones constitucionales de 48 horas y 36 horas para la retención en los casos del delito o asunto administrativo, respectivamente, encuentran su razón de ser en la protección contra la privación arbitraria de la libertad y el derecho de la persona detenida a ser remitida sin demora ante un juez.⁹¹ Si se

⁹⁰ Como ejemplo de un estándar mínimo, debe garantizarse la libertad individual de una persona indígena de decidir abandonar su autoadscripción como indígena, o vivirla fuera de su comunidad de origen en otros espacios sociales en donde los indígenas recrean su identidad.

⁹¹ Véase *Brogan y otros vs. Reino Unido*, Corte Europea de Derechos Humanos 1988.

entendiera a la autoridad indígena como una autoridad jurisdiccional esta protección contra la privación arbitraria de la libertad podría realizarse al remitir al detenido sin demora ante la autoridad jurisdiccional indígena. De esta manera, la justicia indígena podría ejercer su derecho a la jurisdicción en los delitos de su competencia dentro de los términos que exigen las garantías del debido proceso y de protección contra la privación arbitraria de la libertad. En este mismo sentido, se puede analizar la legitimidad de la actuación de la autoridad jurisdiccional indígena, por ejemplo, al detener preventivamente a una persona en los términos del estándar de derechos humanos que lo permite cuando, habiendo elementos suficientes para sospechar razonablemente que una persona ha cometido un “delito”,⁹² existe además el riesgo fundado de fuga u obstaculización del proceso y no exista otra medida menos restrictiva de la libertad que lo evitara.⁹³ El estándar internacional también ubica límites sobre los períodos de la detención preventiva sujetándolos en todo momento al control jurisdiccional.⁹⁴

Esta perspectiva de análisis permitiría resguardar la esencia del valor protegido desde la óptica de los derechos humanos (p.e., evitar la privación arbitraria de la libertad) a la luz de parámetros de referencia determinados por las comunidades en el contexto de sus propios sistemas normativos internos. Se podría asegurar que los pueblos y comunidades indígenas determinaran sus propios procedimientos, al tiempo que se asienten los criterios de mínimo cumplimiento en los dos sistemas, con base en los

⁹² La referencia al “delito” debe también admitir una definición pluricultural.

⁹³ PIDCP artículo 9, Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 7. Para una discusión del derecho a la libertad frente a la legítima imposición de la prisión preventiva, ver O’Donnell, Daniel *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, OACNUDH-Colombia (2004)

⁹⁴ De hecho, la normativa estatal que obliga la imposición de la prisión preventiva por la mera calificación del delito de que se acusa niega el control jurisdiccional sobre el derecho a la libertad personal y puede dar lugar a la privación arbitraria de la libertad, ya que aun cuando sea legal, la detención preventiva puede, bajo las circunstancias del caso, resultar ser arbitraria. Para una discusión amplia de la jurisprudencia interamericana y universal en este tema, ver, O’Donnell, Daniel, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, OACNUDH-Colombia (2004) Capítulo 4.

ALCANCE DEL DERECHO DEL DETENIDO A SER REMITIDO “SIN DEMORA” ANTE EL JUEZ

En *Brogan y otros vs. Reino Unido* la Corte Europea determinó que no podría fijar un término específico que cumpliría con la obligación de remitir prontamente ante la autoridad judicial a las personas detenidas. (Convención Europea Artículo 5 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 7.5: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”). Sin embargo, determinó que el requisito de prontitud limitaba la facultad de retención en razón, por un lado, del alcance de las actividades legítimas de la autoridad investigadora previa a la remisión ante el juez (acreditar o descartar la probable responsabilidad de la perso-

na detenida y cuya detención se sustentaba en información suficiente para generar una sospecha razonable de su probable responsabilidad), y por otro, de la necesidad de asegurar la revisión judicial de la detención como protección contra la privación arbitraria de la libertad de las personas y como consecuencia, también la protección de su integridad física. La Corte concluyó que bajo las circunstancias de aquel caso que incluía un contexto en Irlanda del Norte de actos de terrorismo, controles administrativos de superiores del ejecutivo sobre la decisión de retener a la persona y la posibilidad de acudir en amparo (habeas corpus), el periodo más corto de retención impugnada de cuatro días y once horas antes de ser remitido ante una autoridad jurisdiccional, violaba el derecho del detenido de ser remitido prontamente ante el juez, bajo el artículo 5.3 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

estándares reconocidos internacionalmente y por México, para la protección de los derechos humanos.⁹⁵

En cuanto al requisito de la compatibilidad de las resoluciones indígenas con los derechos humanos, es importante atender la reflexión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

...según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los derechos humanos individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos.⁹⁶

En ese sentido, la discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente, debe siempre presentarse en el marco del diálogo y respeto. Esta discusión abierta “no significa negar la importancia de los derechos humanos como un referente que permita cuestionar prácticas que afectan a la dignidad humana. Lo que parece urgente es promover y permitir que las propias comunidades indígenas y sus autoridades discutan en torno al tema de sus derechos fundamentales y los asuman como un marco a incorporar en sus actuaciones, como sucede de hecho en muchas regiones indígenas”.⁹⁷ Así ocurre, como se ha asentado, en las comunidades indígenas en Oaxaca, en las que prevalece la protección de ciertos valores coincidentes con el papel de los derechos humanos en la sociedad, como la preservación o restauración de la armonía social y la reparación del daño causado a la persona ofendida por cierto acto. En tal sentido, es obligación de un Estado que ha definido a su nación como pluricultural, proveer de instancias que propicien el diálogo y la comprensión de la pluralidad de culturas que lo constituyen.

Existen consecuencias de las lagunas y contradicciones en la interpretación o de la misma legislación que reconoce los derechos indígenas. Primero, no sorprende que

⁹⁵ PIDCP, Convención Americana, Convenio 169, CAT, Protocolo Facultativo del CAT, CERD CEDAW, Estatuto de Roma sobre la Corte Penal Internacional, y la jurisprudencia del Tribunal para la ex Yugoslavia y el de Ruanda (www.icty.org, www.ictr.org), entre otras fuentes.

⁹⁶ Informe de 2004 a la Comisión de Derechos Humanos, Doc. de Naciones Unidas E/CN.4/2004/80, párrafo 68.

⁹⁷ María Teresa Sierra, *Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas* en *Rev. Memoria* num. 147, mayo de 2001.

cuando el ejercicio de la justicia indígena resulta insatisfactorio para una de las partes y ésta acude a una instancia externa con su queja, se utilicen parámetros del derecho positivo para determinar la legalidad, validez o legitimidad de la decisión de la autoridad indígena, en vez de utilizar los parámetros que empleó la propia autoridad conforme al sistema normativo indígena.

Como ejemplo se tienen algunas resoluciones de la Comisión Estatal de Derechos Humanos, que si bien afirman la existencia y legitimidad de la jurisdicción indígena, al aplicar el análisis de la congruencia de sus acciones con los derechos humanos tienden a revertir las medidas contenidas en la legislación estatal. En un caso se hace un reconocimiento de la existencia de sistemas normativos internos de la propia comunidad e incluso se reconoce expresamente que la fundamentación de la resolución de la autoridad son las propias normas indígenas, que están ya reconocidas por el derecho positivo mexicano. Se citan los artículos 29 y 39 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca como fuente normativa de que "las autoridades comunitarias pueden procurar y administrar justicia aplicando sus sistemas normativos internos".⁹⁸ Con base en esta norma, se concluye que fue legítima la decisión de la autoridad de privar al quejoso de su libertad e imponerle una multa a causa de un pleito que tuvo con sus familiares en estado de ebriedad.

Sin embargo, aun cuando se reconoce que la autoridad no violó ningún derecho humano del quejoso, pues estaba facultada para resolver como lo hizo, la CEDH exhorta a la autoridad tradicional a que "en los subsiguientes casos evite la práctica de imponer ambas sanciones [privación de libertad y multa], sino que imponga primeramente la multa, la cual ha de ser acorde a lo previsto en la disposición constitucional invocada [Artículo 21]".⁹⁹ El artículo 21 de la Constitución de Oaxaca se refiere a las competencias distintas de la autoridad judicial y administrativa, y la referencia al artículo 21 se hace a manera de recalcarle a la autoridad indígena que su facultad de sancionar se entiende como una facultad administrativa (multa) y no jurisdiccional (privación de libertad). No se analiza el caso desde la perspectiva del sistema normativo interno indígena, y es por ello que se termina equiparando la autoridad indígena a la autoridad administrativa y no jurisdiccional.

En otros casos similares en que la autoridad tradicional impuso una multa con la que estuvo inconforme la parte afectada, la CEDH promovió la conciliación y dio por resuelto el expediente. Sin embargo, en estos casos no se asienta en la resolución exactamente cuál fue el arreglo conciliatorio. Lo que sí se deriva es que aunque hubo conciliación, de algún modo la resolución de la CEDH deroga o deja sin efecto la resolución original de la autoridad comunitaria. Incluso, aunque se tenga por resuelto el expediente, no se omite señalar que "la autoridad se comprometió a abstenerse de causar actos

⁹⁸ Resolución de la CEDH de Oaxaca (2004).

⁹⁹ *Idem*.

de molestia en contra de la quejosa y su familia que no se encuentren debidamente fundados y motivados”.¹⁰⁰ Es decir, se deja a un lado la facultad jurisdiccional de la autoridad tradicional de resolver una controversia entre partes acorde con su sistema normativo interno, así como la posibilidad de imponer la sanción de multa que considere necesaria y justa bajo ese mismo sistema.

CEDH: *Se resolvió pero se le dio una advertencia a la autoridad indígena.*

Se alegaba que el agente municipal amenazó con la imposición de una multa al quejoso para que asistiera a una asamblea sobre los problemas agrarios. Se consideró como expediente resuelto, pero se exhortó a la autoridad, “para que en lo subsiguiente se abstenga de causar *actos de molestia* en la persona, familia, domicilio papeles o posesiones de la parte quejosa, que no encuentren sustento en lo dispuesto por los numerales 14 y 16 [Constitucionales]”.¹⁰¹

CEDH: *Se legitimó plenamente la decisión de la autoridad y se respetó el ejercicio de su jurisdicción.*

Se colocó en el quejoso la carga de la prueba sobre la ilegitimidad de pagar la aportación comunal después de haberse encontrado fuera de la comunidad por cinco años. Dado que esa falta de legitimidad no fue acreditada, se concluyó que la autoridad no violó derechos humanos al haberle exigido el pago de dicha cantidad y habiéndolo privado de su libertad a consecuencia de su negativa a pagar. La CEDH consideró que esta negativa “en términos de la cosmovisión de los pueblos y comunidades indígenas, resulta un atentado en contra de la forma de organización y cultura de la misma respecto de las cuales las autoridades comunitarias pueden ejercer jurisdicción”.¹⁰²

Se reconoce que la labor general de la CEDH es recibir y atender las quejas por violación de los derechos humanos y que sus parámetros para medir estas violaciones son la Constitución y los derechos humanos reconocidos internacionalmente. No obstante, el propio artículo 2 constitucional también forma parte del capítulo de garantías individuales y tiene la misma jerarquía que otras disposiciones de ese capítulo, como el 14, 16 y 21 constitucionales. En ese sentido, si bien es cierto que la CEDH tiene el deber de velar por la atención y solución apropiada de las quejas por violación a los derechos humanos por cualquier autoridad, la realidad es que en el caso de las autoridades indígenas debe incorporar una perspectiva intercultural de cada uno de los derechos humanos y los valores de fondo que éstos pretenden proteger, y reconocer que existen distintas maneras a través de las cuales esto pueda lograrse. Esta obligación implica aplicar el derecho a la jurisdicción indígena que reconoce el artículo 2 constitucional,

¹⁰⁰ Resolución CEDH de Oaxaca (2005).

¹⁰¹ Resolución CEDH de Oaxaca (2005).

¹⁰² Resolución CEDH de Oaxaca (2004).

y cuando sea necesario para tal fin, tomar en cuenta las especificidades culturales —es decir los usos, costumbres y normas indígenas— propias de las partes involucradas, lo que abarca también el funcionamiento de los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas.

1.5 Articulación de los dos sistemas jurisdiccionales

En cuanto a los mecanismos existentes para la articulación de estos sistemas desde una perspectiva jurisdiccional, la Constitución¹⁰³ determina que las leyes reglamentarias establecerán los casos y procedimientos de validación de las resoluciones que se dicten en el ámbito de la jurisdicción de los indígenas. Es importante observar que la disposición constitucional establece que los jueces y tribunales “validarán” dichas resoluciones y que la legislación reglamentaria no siempre adopta este concepto.

La Constitución Política del estado de Oaxaca, algunos años antes que la federal, estableció en su artículo 16 el reconocimiento de la jurisdicción indígena, delegando en la ley reglamentaria las formas en que las resoluciones de las autoridades comunitarias serán “homologadas y convalidadas”. Este lenguaje abre la posibilidad de que la autoridad estatal retome las resoluciones de la autoridad indígena para igualarlas con las que se producen desde el sistema positivo. En cambio, el concepto de “validación” o “convalidación” significa ratificar el valor intrínseco de la resolución indígena, a diferencia del término “homologación”, que implica “igualar” la resolución dictada en el contexto indígena a las normas que no sustentaron tal resolución, es decir, las normas estatales. Al respecto, la LDPCIO se limita a señalar lo siguiente:

Artículo 34 Las decisiones tomadas por las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas con base en sus sistemas normativos internos y dentro de sus ámbitos jurisdiccionales, serán *compatibilizadas y convalidadas* por las autoridades estatales respectivas, cuando se sometan a su consideración, siempre y cuando no contravenzan la Constitución General de la República.

Artículo 35 La convalidación de la imposición de sanciones con base en los sistemas normativos internos se hará sin menoscabo de los derechos humanos y tomando en consideración la *normatividad vigente para el Estado*.

¹⁰³ Artículo 2, apartado A, fracción II, parte final: “La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”. Esta redacción retoma la propuesta de los ASAL en este punto (PN 3,3.) y la iniciativa de reforma constitucional de la COCOPA (art. 4, fracción II).

A la fecha no existen previstos en la ley "los casos y procedimientos de validación" que señala la Constitución general y, como se observó en las entrevistas, no son claros para los servidores públicos la forma de "convalidar" las resoluciones indígenas y los casos concretos en los que debería aplicarse este mecanismo de validación.

Como consecuencia de este análisis se concluye que sería recomendable que la reglamentación de la justicia indígena contemplara un recurso jurisdiccional que permitiera dirimir los conflictos suscitados por su ejercicio, así como criterios que se utilicen en la resolución de tales controversias con base en los propios parámetros de interpretación normativa de la conducta de la comunidad indígena, así como los mínimos respecto a los derechos humanos que deben ser respetados en cualquier situación.

Hoy en día, la ley en Oaxaca señala que tratándose de este tipo de conflictos intervendrá en un primer momento la Secretaría de Asuntos Indígenas y de no concretarse una conciliación lo harán "la Secretaría General de Gobierno y en su caso el Congreso del Estado".¹⁰⁴ Es decir, se establecen cauces político-administrativos para conflictos que deberían de tratarse en primera instancia desde un enfoque jurídico pluralista y a través de instancias jurisdiccionales adecuadas a un esquema de relación entre dos sistemas normativos: el de los pueblos y comunidades indígenas y el del Estado. De hecho, al dejar abiertos los ámbitos de negociación política para la determinación de la solución de los casos que caen bajo la jurisdicción indígena¹⁰⁵ y que trascienden al sistema estatal de justicia, se abre también la puerta a espacios de arbitrariedad respecto al reconocimiento de derechos tal como el del ejercicio autónomo de la jurisdicción indígena como componente del derecho a la libre determinación. En el capítulo de conclusiones se sugieren algunas posibilidades para abrir canales jurisdiccionales a este tipo de conflictos, que eviten su politización y que a la vez respeten los principios jurídicos del sistema normativo indígena.

¹⁰⁴ LDPCIO Art. 44.

¹⁰⁵ La LDPCIO señala que los delitos que sean de jurisdicción indígena pueden trascender a la jurisdicción estatal cuando sea la voluntad del inculpaado. Artículo 38.

CITAS TEXTUALES SOBRE LA EXPERIENCIA DE LA DISCRIMINACIÓN Y LOS PROBLEMAS DE COMUNICACIÓN

"Porque no nos toman en cuenta"; "Por no hablar bien el español", "Porque hubiera querido hablar puro español y me defendiera", "Porque no sé lo que dicen o si estaban hablando de mí"; "No me respetan, se aprovechan la situación"; "Porque no me explico en español, me trataban mal al principio porque hablaba idioma indígena y cuando hablaba con mi familia zapoteco me decían que no hablara eso porque seguro hablaba mal de ellos."; "Porque no sé explicar a las autoridades lo que quiero decir"; "Porque no me tomaron en cuenta y no me proporcionaron defensor"; "Porque no tengo cómo manifestar lo que quiero decir"; "Porque me dicen que soy paisano pendejo, me decían que no valgo por ser indígena"; "Porque no me tomaron en cuenta mi declaración"; "Te quitan el derecho a la expresión"; "Por no comprender lo que la gente me explicaba"; "Por la falta de comunicación con la gente que me puede ayudar"; "Porque nada más veía que hablaban y no entendía nada en el juzgado"; "Porque sentía que me despreciaban"; "Porque no comprendía lo que pasaba en las audiencias, además mi defensor casi nunca estaba presente y cuando estaba no me explicaba"; "Porque me humillaban".

1.6 Prácticas y percepciones de los actores del sistema de justicia en cuanto a la relevancia de la identidad y jurisdicción indígena en el sistema de justicia estatal.

A nivel de la práctica cotidiana, los actores del sistema de justicia estatal no indagan si un asunto ha sido resuelto o es de jurisdicción indígena. De hecho, muchos desconocen la existencia de esta jurisdicción y los derechos fundamentales que la sustentan. En el caso de estar concientes de la jurisdicción sienten no contar con las herramientas legales suficientes para reconocerla. Como consecuencia, a pesar del marco jurídico existente que sí reconoce la jurisdicción indígena, y a diferencia de los pasos en esa dirección que ha tomado la Comisión Estatal de Derechos Humanos, los actores del sistema de justicia al analizar un asunto no estudian el tema con vistas a aplicar la normatividad sobre los derechos indígenas. Como otra consecuencia de esta omisión, poco se identifica a los indígenas en los procedimientos penales.¹⁰⁶

Varios funcionarios judiciales señalaron su perspectiva sobre el problema de determinar la identidad indígena:

“Creo que deberíamos de empezar por definir al indígena e insertarlo en nuestro código adjetivo, porque al no existir una descripción con precisión de la persona indígena nos limita a actuar en consecuencia.”¹⁰⁷

“Es importante determinar quién es el indígena y en seguida insertarlo al Código haciendo los ajustes necesarios que se requieran para su exacta aplicación”.¹⁰⁸

Coherentemente con esta visión, los funcionarios judiciales entrevistados apuntaron que nunca han dejado de conocer un asunto porque no se crean competentes; es decir porque el asunto pueda ser juzgado en la comunidad y/o porque la penalidad sea menor de dos años. La encuesta a expedientes tampoco halló una declinación de competencia por parte de la autoridad ministerial o judicial, a favor de la jurisdicción indígena.

También se hizo evidente el gran desconocimiento de las prácticas jurídicas de las comunidades indígenas. Por ejemplo, algunos funcionarios jurisdiccionales expresaron que en un pueblo en particular se erosionaron los “usos y costumbres del pueblo” lo cual les ha traído un enorme problema social, y a la vez afirman por otro lado, que

¹⁰⁶ En sólo 53% de los indígenas cuyos expedientes se revisó se encontró referencia a su calidad como indígenas. En muchos de estos casos la mención se debe a problemas de comunicación por manejar un idioma distinto al español, y por ende referentes culturalmente diferenciados (E176). Con respecto al por qué es desventaja decir ser indígena (P267) o por qué se sintió en desventaja durante su proceso (P269) los entrevistados citaron en su gran mayoría razones relacionadas con la experiencia de la discriminación y con problemas de comunicación.

¹⁰⁷ Entrevistas a jueces y magistrados.

¹⁰⁸ *Idem.*

los “usos y costumbres” en otro pueblo son contrarios a la Constitución y por lo tanto sus resoluciones se respetan de hecho pero no de derecho.¹⁰⁹ Es decir, se encuentra en los usos y costumbres un valor social, incluso político, pero no jurídico.

La observación de que sus usos y costumbres se perdieron hace surgir la pregunta sobre si la norma ahí contenida perdió vigencia o validez, como puede pasar con las normas estatales. En el mismo sentido, y aun cuando no se desarrolla la idea de porqué se consideraron inconstitucionales los “usos y costumbres”, en ningún momento se percata de que esas normas son constitucionales por estar reconocidas en la propia Constitución. Es decir, suponiendo —sin conceder— que las normas de ese pueblo sean contrarias a algunos artículos de la Constitución, por otro lado son coherentes con otros, en este caso los artículos 2 de la Constitución general y 16 de la Constitución estatal. En todo caso, se encuentra ante una contradicción de normas, no simplemente prácticas contrarias a la Constitución.

En sentido similar un juez propuso “que se les diera jurisdicción plena a los indígenas primordialmente en los delitos menores”.¹¹⁰ Sin negar la buena voluntad del entrevistado, llama la atención que proponga algo que ya está plasmado en la ley. En este sentido, los funcionarios judiciales señalan que “desconocen los tratados internacionales¹¹¹ que los obligan, y por ello, es imposible que puedan aplicarlos”.

“No tenemos formación en materia de derecho indígena. Queremos que la información en la materia indígena se inserte en los planes de estudios. El juez para resolver los casos se basa únicamente en el Código Penal.”¹¹²

En el mismo sentido, los miembros de organizaciones no gubernamentales expresaron que “falta mucho incidir en las universidades, para mejorar su calidad y que haya abogados preparados y eficientes, es decir, influir en la formación del abogado”.¹¹³

En este contexto es curioso que frecuentemente se relacione la ignorancia de los indígenas de las normas estatales en términos paternalistas:

¹⁰⁹ *Idem.*

¹¹⁰ *Idem.*

¹¹¹ Estos tratados son “Ley Suprema de toda la Unión” de acuerdo con el art. 133 constitucional. “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.” Respecto al compromiso adquirido por México al haber ratificado la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados UN Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 se comprometió a que, “[U]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Artículo 27 Convención de Viena.

¹¹² Entrevistas a jueces y magistrados.

¹¹³ Entrevistas a abogados de organizaciones no gubernamentales.

“Somos una sociedad única; no puede haber leyes especiales, lo más importante es darle difusión a las leyes ya existentes, porque el problema de nuestros indígenas es que no conocen la ley...”¹¹⁴

Un agente del ministerio público expresaba una opinión semejante:

“No he utilizado peritajes antropológicos propiamente, aunque creo que se usan para determinar el perfil criminológico de la persona. En todo caso saber si la persona es indígena o no es para determinar su grado de ignorancia, pero la ignorancia de la ley no beneficia a nadie.”¹¹⁵

Para los defensores de oficio, sin embargo, el cuadro es un poco más claro respecto a la legitimidad de la jurisdicción indígena:

“Existe un conflicto entre los usos y costumbres y el derecho positivo cuando, por ejemplo, una persona en algún distrito presenta una denuncia contra alguna autoridad municipal...el síndico o el presidente, [y] el ministerio público la da entrada sin tomar en cuenta la ley indígena, desde allí se genera un conflicto porque nunca debió dar entrada a esa denuncia porque esa autoridad municipal actuó conforme a la ley indígena, lo que no contraviene la Constitución Federal.”¹¹⁶

Sin embargo, también perciben que no les dará resultado promover estos argumentos. Es más, sienten que acreditar la identidad indígena sirve principalmente para atenuar la pena y no para afirmar la jurisdicción indígena.

De todo lo anterior se aprecia que existe una gran diferencia entre el derecho a la jurisdicción indígena reconocido en el derecho internacional y nacional, y la práctica para su realización efectiva. De manera sintética se puede expresar que se encontraron en los actores del sistema interpretaciones que comúnmente suponen que existe una contradicción abierta entre los derechos indígenas y la legislación estatal, particularmente contra las garantías constitucionales. Poniendo las cosas en tal perspectiva ellos dan preeminencia al derecho nacional por encima del derecho indígena, lo cual tiene su lógica desde este punto de vista. En tal sentido suponen que el reconocimiento constitucional de derechos indígenas establece normas supletorias para aquello que no está regulado por el derecho nacional o incluso que establece una contradicción, la que se resolverá siempre a favor de las normas estatales.¹¹⁷ Como se ha venido mos-

¹¹⁴ Entrevistas a jueces y magistrados.

¹¹⁵ Entrevistas a agentes del ministerio público del fuero común.

¹¹⁶ Entrevistas a defensores públicos del fuero común.

trando, esta interpretación es errónea dado que los sistemas normativos indígenas son parte del derecho nacional, por lo que sus disposiciones no pueden ser opuestas al mismo. Los sistemas normativos indígenas tienen ámbitos propios de validez, distintos al ámbito establecido por otras normas, igualmente constitutivas del derecho nacional.

Las perspectivas de los actores del sistema de justicia estatal registradas a través de las entrevistas se pueden resumir en los puntos siguientes:

1. En general, la jurisdicción indígena como tal no existe en su perspectiva de aplicación de la ley, por lo que no se concibe como un derecho que es parte del sistema normativo reconocido por el derecho positivo, aunque en algunos casos sí conocen que existe y toleran la resolución de los casos por las autoridades indígenas. Para algunos servidores públicos, la aplicación de la jurisdicción indígena implica una violación al principio de igualdad.
2. Los actores del sistema sienten que no cuentan con las herramientas normativas, ni sustantivas ni procesales para posibilitar el ejercicio y el respeto a este derecho. En ocasiones, consideran que algunas disposiciones de la propia ley son un obstáculo para cumplir las normas que establecen la jurisdicción indígena.
3. La formación de los actores del sistema basada exclusivamente en el derecho positivo incide en su percepción sobre los derechos indígenas, haciendo menospreciar todo lo que no sea el derecho positivo.
4. Existe confusión entre lo que es aplicar la jurisdicción indígena, determinar competencias, examinar el cumplimiento de los derechos humanos, principios de la Constitución y las garantías individuales, la resolución de situaciones en donde existen conflictos entre la norma estatal y norma indígena, y aplicar procedimientos de convalidación. A pesar de estar interrelacionadas, cada una de estas cuestiones implican peticiones, derecho aplicable e instancias distintos.
5. Existe también confusión entre el derecho de las autoridades tradicionales a ejercer la jurisdicción indígena como expresión de su autonomía, con el derecho de una persona o colectividad indígena a que sean tomadas en cuenta sus costumbres y normas dentro de un procedimiento o juicio ante el Estado.

¹¹⁷ La LDPCIO se autocalifica como supletoria en su primer artículo: "Las disposiciones de la presente Ley *regirán supletoriamente* en materia de derechos y obligaciones de los pueblos y comunidades indígenas; así como en las atribuciones correspondientes de los poderes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, *para todos los casos no previstos en las leyes locales.*" Más allá de la complejidad respecto a la aplicación de este precepto respecto a una ley sobre un tema muy específico, tal como los derechos indígenas, pareciera que con la reforma constitucional federal, la supletoriedad se supera, ya que obliga a que las entidades federativas legislen específicamente en materia de derechos indígenas, haciendo de las leyes reglamentarias leyes de primaria aplicación cuando se trate de las personas o pueblos indígenas.

A manera de resumen, se señalan también los obstáculos normativos a la realización efectiva del derecho a la jurisdicción indígena:

1. A pesar del reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena y de la facultad de las autoridades indígenas para aplicar sus sistemas normativos internos, la ley de Oaxaca, que se promulgó con anterioridad a la reforma constitucional de 2001, establece una jurisdicción más restrictiva y limitada que la prevista en las normas constitucionales e internacionales. Tampoco existen criterios definidos y/o adecuados a la realidad de los pueblos sobre distribución de competencias, dado que la naturaleza "penal" de los conflictos y la clasificación de ciertas conductas como "delitos" son realizadas por el sistema de derecho positivo sin apreciar las implicaciones frente a la multiculturalidad y los sistemas normativos indígenas. Como consecuencia, en vez de reconocer la jurisdicción indígena se está aplicando el Código Penal (derecho del sistema estatal) en la comunidad indígena. Tampoco existen órganos y mecanismos para dirimir los conflictos de competencias, aun cuando se reconociera la jurisdicción indígena en la práctica.
2. Aunque existe formalmente la jurisdicción indígena, la ley no contempla a sus autoridades como representantes realmente independientes, sino que sigue equiparando a los síndicos como auxiliares del ministerio público y a los alcaldes como auxiliares del juez; es decir, a las figuras existentes en el derecho estatal. Por este motivo, entre otros, las autoridades indígenas se cuidan al tratar de ejercer la jurisdicción indígena, porque pueden ser denunciadas y procesadas.
3. No existen mecanismos claros ni órganos definidos para estudiar el cumplimiento de las resoluciones indígenas con los criterios mínimos de respeto a principios constitucionales y a los derechos humanos. Tampoco están claramente establecidos los casos y procedimientos de validación por jueces o tribunales.
4. En el ámbito federal no existe una ley que establezca los mecanismos para hacer valer el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a aplicar sus sistemas normativos y resolver conflictos internos. Por ello, los jueces federales tendrían dificultad en fundamentar debidamente la remisión de un asunto a la jurisdicción indígena.

LA EXPERIENCIA POTOSINA

La recién aprobada Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí refiere a la jurisdicción propia de la autoridad indígena en su artículo 22. Refiere a la "atención" a "los asuntos internos que le competan conforme a los sistemas normativos de su comunidad y los que le asigna su asamblea general." Califica a la justicia indígena como una justicia "alternativa" (artículo 10). Sin embargo, restringe en términos de la ley estatal la jurisdicción indígena en materia penal, civil y familiar y prohíbe la

jurisdicción del juez auxiliar indígena en delitos que se persiguen de oficio o en conflictos sobre la propiedad y tenencia de la tierra, salvo ciertas excepciones (artículos 21 y 23 al 25).

La modalidad para resolver los conflictos de competencia parece basarse en que el someterse a la jurisdicción indígena es optativo de las partes, aunque prevé que el Tribunal Superior de Justicia del Estado podrá resolver conflictos de competencia, sin que se planteen criterios más allá de la definición general de las competencias (artículos 27 y 28). En esencia, la validación y reconocimiento de la jurisdicción indígena bajo esta ley radica en el acuerdo de las partes para someterse a la mediación, conciliación o arbitraje. Una vez resuelto el conflicto, el Estado apoya la vigencia de la resolución del juez "auxiliar" indígena, dándole carácter de sentencia ejecutoriada en caso de un convenio, o de cosa juzgada en el caso del arbitraje (artículo 19).

Respecto a la resolución de la conformidad con los derechos humanos, esta ley otorga a los jueces de primera instancia la facultad de determinar si las resoluciones de la jurisdicción indígena comportan con los derechos humanos, conforme se garantiza en el artículo 2 apartado A fracción II de la Constitución (artículo 13).

Será importante observar la implementación de esta ley, que de acuerdo con su exposición de motivos fue producto de una amplia consulta con los pueblos indígenas que se ubican en esa entidad.

2. Derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres, prácticas y normas indígenas dentro de los procesos del Estado

2.1 ¿Cómo se define este derecho?

En el ámbito de la justicia estatal, es prerrogativa de quienes se autoadscriben como indígenas que sus costumbres o su derecho consuetudinario sean tomados debidamente en consideración cuando les sea aplicada la legislación nacional.¹¹⁸ Cuando se habla de derecho consuetudinario se refiere a las normas de la comunidad, sin que esto implique la aplicación de la normatividad indígena por los jueces estatales. Correspondientemente, es obligación de las autoridades administrativas y/o jurisdiccionales valorar ya sea las costumbres o las normas de estos pueblos, cuando se encuentren involucradas personas indígenas en procedimientos, procesos o juicios ante estas autoridades, con el fin de valorar correctamente el contexto y significado real de los hechos sujetos a examen por la instancia estatal.

La Constitución mexicana contempla este derecho como parte del derecho de "acceder plenamente a la jurisdicción del Estado". Ello significa un reconocimiento tácito

¹¹⁸ Art. 8, 1. Convenio 169 OIT. El término "normas" es genérico y abarca tanto el derecho que proviene de la costumbre —es decir, el derecho consuetudinario indígena (que normalmente es oral, pero puede materializarse en resoluciones o actas escritas)— como las normas de carácter más bien sociológico o cultural. Por ello se prefiere para el presente informe la utilización del término "normas", que cubre precisamente la naturaleza normativa del derecho y, a la vez, los criterios y principios que informan las concepciones y prácticas jurídicas indígenas.

to de las perspectivas culturales de los indígenas, lo cual requiere que los procedimientos definan canales de comunicación entre los indígenas y los procuradores y administradores de justicia, así como los defensores. Por ello, se establece el deber de las autoridades del Estado de “tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales de los pueblos en los juicios o procedimientos en que los indígenas sean parte.”¹¹⁹ De forma similar, la legislación oaxaqueña señala que “en los juicios en que un indígena sea parte... se tomarán en consideración dentro del marco de la ley vigente,¹²⁰ su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia.”¹²¹

Normativamente hablando, este derecho ha sido interpretado desde dos perspectivas; por un lado, la comunidad internacional ha reconocido la discriminación como hecho histórico respecto a lo que han sufrido los pueblos indígenas, así como su actual situación generalizada de marginación y pobreza.¹²² En tal sentido, este derecho ha sido entendido como una especie de política pública reparatoria orientada a subsanar o reducir las desventajas de los pueblos indígenas para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Bajo esta perspectiva, la normatividad internacional prevé que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.¹²³ Es decir, esta obligación parecería encaminar a los jueces a atenuar las penas impuestas a los indígenas con base en circunstancias de desventaja.

Sin embargo, esta interpretación se relacionaba con una visión paternalista hacia el indígena, que hoy en día ha sido reformulada y complementada con una segunda, más integral y que reconoce al indígena como sujeto individual y colectivo. Se trata del derecho a ser reconocido como pueblo, mismo que también se contempla en la normatividad internacional, como ya se ha señalado.

Así, el conocimiento y reconocimiento de otros usos, costumbres y normas en los pueblos y comunidades indígenas implica que al aplicar la legislación nacional dentro de un procedimiento, proceso o juicio, se parta del reconocimiento de una identidad diferente que tiene un referente colectivo. En el caso de los pueblos indígenas, se

¹¹⁹ El Art. 2, Apartado A, Fracción VIII.

¹²⁰ No debe olvidarse que la garantía federal de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas para la aplicación de los sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos forma parte de la ley vigente.

¹²¹ Art. 16, segundo párrafo, Constitución Política del Estado de Oaxaca.

¹²² Así se ha establecido en algunas normas internacionales, como el art. 2, (c) del Convenio 169 de la OIT que prevé la obligación de los gobiernos de desarrollar acciones para proteger los derechos de los pueblos indígenas y, entre ellas, medidas “que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a *eliminar las diferencias socioeconómicas* que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida”.

¹²³ Art. 10, 1. Convenio 169 OIT.

trata de pueblos con organización e instituciones propias, dentro de las que se comprenden instituciones jurídicas y políticas y que tienen su raíz en una cultura diferente que debe ser respetada y apoyada en su desarrollo. De ahí que en un Estado reconocido como pluricultural, el auténtico pluralismo jurídico requiere que los servidores públicos tomen en cuenta los usos, costumbres y normas diversas de la persona y su pueblo indígena.

Este derecho, que se hace efectivo al momento en que se aplica a los pueblos indígenas y sus miembros la legislación nacional, es un medio para garantizar el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. "Tomar en cuenta" significa que en los procesos que se llevan frente a las instituciones estatales se comprendan los hechos conocidos en la jurisdicción estatal tal como se comprendieron en el contexto cultural de los sujetos sometidos al proceso. Asimismo, implica considerar que las normas y los procedimientos que rigen y encauzan la vida de estos pueblos tienen un valor respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas "que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos",¹²⁴ por lo que deben ser conocidos y tomados en cuenta en la resolución del juez.

2.2 Fundamento de este derecho

Existen tres fuentes jurídicas que contemplan distintos aspectos del derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas, aspectos que son complementarios entre sí. Las tres fuentes forman parte del derecho positivo mexicano, por lo que los servidores públicos mexicanos deben interpretar y aplicar ese derecho de acuerdo con el contenido de todos estos instrumentos, como se presenta en el siguiente cuadro:

Fuentes jurídicas del derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas (internacional, federal y de Oaxaca)

1. Convenio 169 de la OIT, adoptado en 1989 y ratificado por México en 1990:

- Derecho de los pueblos indígenas a que sean tomados en cuenta sus costumbres o su derecho consuetudinario:

¹²⁴ Declaración de la ONU, PP18 *bis*. Aprobada por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006 y pendiente la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Disposición general: "Art. 8, 1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados *deberán tomarse debidamente en consideración* sus costumbres o su derecho consuetudinario."

Se entiende por *derecho consuetudinario* el que se deriva de la práctica y costumbre, así como de los valores compartidos comunitarios. Se entiende que este "derecho" está compuesto por normas, que si bien no están escritas, manifiestan su vigencia desde la perspectiva de la práctica y la expectativa de obligatoriedad que lleva dentro de la comunidad en cuestión. De esta manera, se habla del *derecho consuetudinario internacional* en que se basa, por ejemplo, la prohibición universal de los crímenes de lesa humanidad.

- Disposición específica en materia penal:

Disposición en materia penal: "Art. 9, 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales *deberán tener en cuenta* las costumbres de dichos pueblos en la materia."

2. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformas aprobadas en 2001:

- Derecho a que sean tomados en cuenta sus costumbres y especificidades culturales desde la perspectiva de la garantía del pleno acceso a la jurisdicción del Estado:

"Art. 2, Apartado A, F. VIII. [Reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para] Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar este derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución...".

Esta redacción de la Constitución sobre tomar en cuenta "costumbres y especificidades culturales" retoma las propuestas en materia de pleno acceso a la justicia de los ASAL y es similar a la propuesta de reforma constitucional en este punto de la Iniciativa de la COCOPA. La Iniciativa proponía que se debían tomar en cuenta "prácticas jurídicas y especificidades culturales".

3. Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, reformada en 1998, con adiciones y modificaciones de 2001:

- Derecho a que sean tomados en cuenta la condición, prácticas y costumbres de la persona indígena:

"Art. 16 Constitución local, quinto párrafo. En los juicios en que un indígena sea parte... se tomarán en consideración *dentro del marco de la ley vigente*, su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia."

3(a). Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (LDPCIO), expedida en 1998 y reformada en 2001:

- Derecho en los mismos términos de la Constitución local, aunque lo amplía a todo tipo de procedimientos (no estrictamente a "juicios"), más acorde con el texto de la Constitución general:

"Art. 32. A fin de garantizar el efectivo acceso de los pueblos y comunidades indígenas a la jurisdicción del Estado, *en los procesos penales, civiles, agrarios, administrativos o cualquier procedimiento que se desarrolle en forma de juicio*, que sea competencia de las autoridades del Estado...[en] todas las etapas procesales y al dictar resolución, los jueces, procuradores y demás autoridades administrativas que conozcan del asunto, deberán tomar en consideración la condición, prácticas, tradiciones y costumbres del o de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.

El Estado, por conducto de la Secretaría de Asuntos Indígenas, en coordinación con el Ministerio Público, vigilará la eficaz protección de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, desde el inicio de las averiguaciones previas hasta la consignación de los casos, cerciorándose que aquéllos cuenten oportunamente con la asistencia de traductores bilingües y de defensores de oficio. En los casos en que se omita dicha asistencia, la Secretaría de Asuntos Indígenas o los interesados solicitarán a la Representación Social que, de nueva cuenta, se desahoguen las diligencias subsanando dichas omisiones a efecto de ejercitar acción penal correspondiente.

En los casos en que los indígenas o sus pueblos o comunidades sean parte o partes, se abrirá de oficio la segunda instancia a efecto de verificar que los derechos individuales y sociales de aquéllos efectivamente hayan sido reconocidos y respetados. Los Magistrados revisarán las actuaciones de los jueces que conocieron en primera instancia".

"Art. 33. Cuando en los procedimientos intervengan algún pueblo o comunidad indígena, o algún hombre o mujer indígena, las autoridades administrativas, jueces y

procuradores, aplicarán las leyes estatales vigentes, homologándolas con las normas internas de cada pueblo y comunidad. Para ello se basarán en la información que en diligencia formal les proporcione la autoridad comunitaria del pueblo o comunidad indígena correspondiente; buscando en todo caso la apropiada articulación entre dichas normas. Al resolver las controversias se procederá en los mismos términos.

Esta disposición en realidad tiene que ver con ambos derechos relativos al sistema normativo indígena: el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas en procesos o juicios frente al Estado, ya que al mismo tiempo el artículo se refiere a procesos o juicios ante el Estado (tomar en cuenta) y a la vez a la necesidad de "homologar" y "articular" las normas de dos sistemas de derecho (lo cual implica jurisdicción). Sin embargo, se considera más conveniente citar el artículo en el derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas, dado que seguimos hablando de procesos o juicios frente al Estado. Si se respeta adecuadamente la jurisdicción, el asunto no llegaría a la jurisdicción del Estado a menos que hubiera una controversia sobre la resolución de la autoridad indígena. Llama la atención que el texto del artículo mencione que al aplicar las leyes estatales vigentes, éstas se homologarán "con las normas internas de cada pueblo y comunidad", y no al contrario, lo cual significa mayor respeto a las normas indígenas. No obstante, la observancia de este artículo también implicaría que el juez del Estado aplicara directamente la norma indígena, de manera que se desvirtuaría la jurisdicción indígena al permitir sustituir la decisión o criterio que hubiera o haya tomado la autoridad propia de la comunidad indígena. Cabe recordar que, como se expone en este informe, el primer ejercicio que debe hacer cualquier servidor público, incluyendo los defensores de oficio, es definir si el asunto es o no competencia del Estado, antes de profundizar en los otros aspectos de la decisión.

Para el caso de que en los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior inter vengan personas no-indígenas se suplirá la deficiencia de la queja a favor de la parte indígena.

Cuando exista duda de la pertenencia o no de una persona a algún pueblo o comunidad indígena, serán las autoridades comunitarias de aquéllos quienes expedirán la constancia respectiva.

Al respecto, tendría que hacer valer el derecho a la autoadscripción desarrollado anteriormente.

Para el caso de que quien tenga la necesidad de acreditar su identidad cultural en juicio o fuera de él no obtenga la constancia a que se refiere el párrafo anterior, tal calidad la acreditará recurriendo al juez civil competente en la vía de jurisdicción voluntaria, siendo admisibles todos los medios de prueba autorizados por la Ley Procesal Civil, pero la testimonial exigirá un principio de prueba por escrito".

Existen otras leyes que hacen referencia a este derecho, como la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas,¹²⁵ y el Código Penal Federal. En otros ordenamientos, el “tomar en cuenta” está asociado a la idea de acción afirmativa por sus condiciones de pobreza y marginación. La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación¹²⁶ prevé que las autoridades federales llevarán a cabo una serie de medidas compensatorias “a favor de la igualdad de oportunidades para la población indígena” y que en los juicios en que esta población sea parte, “se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales, respetando los preceptos de la Constitución”. En un sentido semejante, los códigos Penal y de Procedimientos Penales, tanto federales como del estado de Oaxaca,¹²⁷ señalan que la condición étnica del inculcado debe ser considerada, junto con otras, para comprender la situación particular del procesado, junto con la situación económica, nivel educativo, etcétera, como un factor a tomarse en cuenta en todas las etapas del proceso, pero particularmente con el fin de individualizar la pena.¹²⁸ Si bien este tipo de consideraciones son importantes por la situación histórica de discriminación que han sufrido los pueblos indígenas, la definición del reconocimiento de su cultura y sus instituciones políticas es prioritaria dado su mayor alcance, su coherencia con los principios generales de la legislación internacional de los derechos humanos y la propia Constitución mexicana, y la relación que tiene con la capacidad de los mismos pueblos de asegurar su continuada existencia y desarrollo.

2.3 ¿Cuáles son los principales obstáculos para la realización de este derecho?

A raíz del análisis de la información recopilada se detectó que a pesar de ser un derecho muy relevante, en la práctica es de difícil interpretación. Para su aplicación requiere de herramientas como los peritajes culturales, análisis lingüísticos (con fines más allá de la determinación del idioma o grupo lingüístico a que pertenece la persona), y otras posibles herramientas que resultan ser poco utilizadas por los ministerios públicos, defensores¹²⁹ y jueces. Por la misma dificultad de entenderse entre culturas diferentes, se

¹²⁵ Art. 10

¹²⁶ Art. 14

¹²⁷ Art. 52 del Código Penal Federal, artículos 146, 154, 220, 220 *bis*. y 223 del Código Federal del Procedimientos Penales, artículo 58 del Código Penal para el estado de Oaxaca y 223, 242, 414 y 543 del Código de Procedimientos Penales de la entidad.

¹²⁸ Se debe tener en mente la diferencia entre atenuar una pena en consideración de los factores que menciona la ley, y el derecho a que se aplique a los indígenas una pena alternativa a la prisión que contempla el derecho internacional. Artículo 10.2 Convenio 169 de la OIT.

¹²⁹ Se nota una mayor utilización de estas herramientas en el ámbito federal, ya que aun con la falta de acceso a muchos de los expedientes federales, y una muestra más amplia de casos del fuero común, resulta que es cuatro veces mayor la utilización de los peritajes por los defensores públicos federales que los del fuero común.

requieren esfuerzos importantes para conocer en toda su dimensión el contexto en que ocurrieron los hechos, así como su significado y relevancia para la solución del caso.

Por ello, la erogación de recursos que implica la utilización de estos peritajes es esencial para el cabal cumplimiento de este derecho. Dado que el uso del idioma y las expresiones no-verbales es siempre contextual, los peritajes lingüísticos y antropológicos son útiles para esclarecer el sentido exacto de una declaración o de ciertos rasgos de expresión. Por ejemplo, es común afirmar que en algunos contextos culturales quien habla sin mirar a los ojos está mintiendo. Sin embargo, se ha demostrado que en el contexto indígena hablar sin hacer contacto visual es una muestra de respeto a la autoridad. Otro ejemplo común es el hecho de que en numerosos idiomas indígenas las partes del cuerpo son usadas como expresiones simbólicas y en muchos casos se hace referencia a cosas muebles como objetos animados. Así, en una declaración se pudiera confundir el delito de daños con el delito de lesiones, o bien alguien puede hacer referencia a daños en su corazón o su estómago, haciendo referencia al daño moral o la humillación que la situación, materia del procedimiento, le está infringiendo.

Por otra parte, en la concepción y práctica de los actores del sistema no es clara la distinción entre el derecho a la jurisdicción indígena como derecho colectivo de los pueblos ejercido a través de sus autoridades y, por otro lado, el derecho de la persona o pueblo indígena a que sean tomados en cuenta sus usos, costumbres y normas en un proceso o juicio ante el Estado.

Esta falta de distinción surge de varias maneras: primero, puede ocurrir, como ya se señaló, que se desconozca una solución ya dada por la autoridad indígena en una materia de su jurisdicción. En este caso se ha desconocido la jurisdicción indígena. Sin embargo, una vez que este caso u otro que no sea de jurisdicción indígena transcurre, se desconoce el significado de los hechos con respecto al contexto cultural en que éstos se produjeron. Es decir, no se toma en cuenta la costumbre o norma indígena que explicaría la actuación de la autoridad indígena al resolver o que rodea o contextualiza el comportamiento de la persona supuestamente responsable de un delito. De esta manera se omite tomar en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas. En los dos casos (el de no reconocer y validar la jurisdicción indígena y el de no tomar en cuenta los usos, costumbres, prácticas y normas indígenas al juzgar a un indígena en el sistema de justicia estatal) al indígena se le niega el acceso pleno a la justicia.

La no viabilización de este derecho es tal que, de la encuesta a expedientes se cuenta con 562 observaciones de casos de indígenas en reclusión procesados o sentenciados por un delito del orden local. En sólo tres de estos 562 expedientes (o sea, poco más de 0.5%), fueron presentados peritajes antropológicos, culturales o lingüísticos durante la instrucción.¹³⁰ A pesar de haber considerado el defensor pertinente el ofre-

¹³⁰ Encuesta a expedientes, pregunta E296: "¿Ofreció alguna de las partes peritaje antropológico, cultural o lingüístico durante la instrucción?" La respuesta a la pregunta abierta, E304 ("¿Qué consideraron los peritajes?"), en la encuesta a expedientes, detalla el contenido de los peritajes ofrecidos.

cimiento de un peritaje antropológico, cultural o lingüístico en este restringido número de casos, ninguno registró un efecto en las resoluciones de los jueces locales.¹³¹

Con fines de analizar las características de peritajes en juicios penales, a los casos locales agregamos nueve observaciones de expedientes federales de indígenas en donde se encontraron peritajes.¹³² Tomados en conjunto los doce casos en que la encuesta a expedientes registra la utilización de peritajes,¹³³ en ningún caso éstos influyeron en el razonamiento del juez respecto a la valoración de los hechos. En la mayoría de los casos el peritaje fue ofrecido para constatar el poco conocimiento del español, la marginación social y la calidad de la persona como indígena para argumentar la reducción de la pena.¹³⁴ Sólo en un caso se argumentó un excluyente de responsabilidad, pero basado en los mismos argumentos de ignorancia y marginación económica (era tan pobre que no podría estar traficando marihuana).¹³⁵

Es importante notar que a pesar de que en estos casos se acreditó el poco conocimiento del español como razón para atenuar la pena, sólo en uno se solicitó y se empleó un traductor o intérprete.¹³⁶ Respecto a la averiguación previa y la declaración del imputado ante el ministerio público, los encuestadores comentan repetidamente que refleja tal cual la denuncia de la víctima y que contiene palabras técnicas de las que no tendría conocimiento el imputado, dado su nivel de conocimientos en general y del español en particular.¹³⁷ Por otra parte, se nota como irregularidad en la averiguación previa la no indagación al imputado respecto a su origen étnico y que, aun en los casos en donde declara su pertenencia étnica, no se ofrecen servicios de traducción o interpretación.

De los casos donde se ofrecieron peritajes se ordenó, en uno de ellos, la reposición del proceso por no llevar a cabo los careos solicitados. Sin embargo, el peritaje no redundó en una consideración del juez de alguna relevancia respecto a la diferencia cultural. No se mencionó, a pesar de ser indígena, siquiera la falta de un traductor o intérprete. Como se verá en el siguiente apartado, el derecho a la defensa exige la posibili-

¹³¹ Encuesta a expedientes, pregunta E305: "¿Tuvieron los peritajes algún efecto sobre la decisión del juez?"

¹³² La muestra de expedientes federales no es representativa, debido a que el acceso a estos expedientes fue restringido.

¹³³ Cuatro de los doce peritajes fueron emitidos por personal de la Procuraduría de la Defensa del Indígena del Estado a petición de la defensoría pública federal, para casos federales, con el fin de constatar que el imputado fuera "hablante de una lengua y de pertenecer por lo tanto, a una etnia. Otras instituciones que los rindieron fueron la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS) y el ahora extinto Instituto Nacional Indigenista (actualmente CDI).

¹³⁴ En tres casos se dio la disminución de la pena en una segunda instancia. Cuatro más están pendientes de sentencia definitiva.

¹³⁵ De los nueve casos del ámbito federal, ocho tratan de delitos contra la salud relacionados con la marihuana. Cuatro de éstos son contra mujeres. Los tres casos del fuero común se relacionan con homicidios.

¹³⁶ Encuesta a expedientes, pregunta E282: "¿Alguna parte solicitó/ordenó traductor para el acusado durante la instrucción o conclusiones en el juzgado?"

¹³⁷ Encuesta a expedientes, pregunta E105 abierta.

dad de que el imputado pueda participar activamente en su defensa. Dados los problemas lingüísticos y de comunicación intercultural, el no haber siquiera proporcionado un traductor o intérprete proporciona otro indicio de una defensa inadecuada.

Se concluye que aunque en algunos casos se considera la calidad de indígena para atenuar la pena, no existe un solo caso de los encuestados donde explícitamente el juez haya razonado para tomar en cuenta los usos, costumbres o normas indígenas y así negar algún elemento del delito. La práctica constata que los actores del sistema rara vez implementan este derecho, o lo hacen informalmente, basándose en razones técnico-legales que no tienen relación con el reconocimiento de la diferencia cultural. Por ejemplo, es frecuente que aun cuando violan disposiciones ambientales vigentes, a los indígenas que son sorprendidos transportando huevos de tortuga o cazando iguanas no se les inicia una averiguación previa, aunque no se ofrezca formalmente un razonamiento jurídico para tomar esta determinación. En este sentido, en el contexto de este diagnóstico se informó que no existía una sola determinación en el ámbito federal en Oaxaca, en donde se haya determinado el no-ejercicio de la acción penal por tomar en cuenta usos, costumbres o normas indígenas. Se explicó que los policías actúan como un efectivo filtro, ya que son debidamente orientados en los requerimientos de la ley y las prácticas indígenas para saber distinguir entre los hechos que constituyen tráfico de especies contraria a la ley federal y los que se relacionan con usos culturales permitidos.¹³⁸

Mientras la mencionada política pública u orientación a los agentes de policía de no detener respecto a hechos que son manifiestamente legales es saludable, es difícil concebir que nunca haya existido un caso cuestionable que requiriera el examen por parte de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal. Con el fin de asegurar un mayor control sobre la aplicación de este criterio, debe haber un seguimiento regular de la actuación policial. Entre otras medidas debe exigirse al policía que registre las situaciones donde ejerce este criterio de no-detención por razón de la diferencia cultural, para garantizar la supervisión necesaria y coherencia en su aplicación.

En adición a las medidas de supervisión que se determinen, la decisión sobre la detención y la procedencia de la acción penal deben contar con procedimientos y criterios claros para evitar la posibilidad de abusos o arbitrariedades. En este sentido, deben enunciarse los criterios y procedimientos a aplicarse para la "toma en cuenta" de los usos, costumbres y normas indígenas al determinar una detención o el ejercicio de la acción penal.

Cabe insistir en que la regla de "tomar en cuenta" debe ser interpretada como parte del principio de equidad que busca tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esta visión se corrobora con lo establecido por el Relator Especial cuando afir-

¹³⁸ Entrevista a directivos de la Delegación de la PGR en Oaxaca, 2005.

ma que "la 'injusticia' del sistema de justicia no es más que una expresión de una situación más generalizada de discriminación y exclusión social, que sólo se resolverá si se respetan todos los derechos de los pueblos indígenas, incluido el *derecho a la libre determinación*."¹³⁹ Es de este derecho a la libre determinación que se deriva la jurisdicción indígena y el derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas cuando un indígena se ve involucrado en un procedimiento penal ante la jurisdicción estatal.

2.4 Prácticas observadas

El primer paso para hacer efectivo este derecho tiene que ver con la operación de otro derecho: el de la autoadscripción del indígena. Los actores del sistema deben conocer si la persona afectada en el procedimiento se identifica como indígena. En este sentido, tal como se adujo en la discusión del derecho a la autoadscripción como eje transversal de este diagnóstico, el estudio demuestra que generalmente los operadores del sistema de justicia no tienen criterios uniformes y claros en cuanto al conocimiento de la identidad indígena. Por lo tanto, no facilitan o permiten el ejercicio libre del derecho de autoadscripción. La relación más importante con la identidad que hacen los actores del sistema es mediante el dominio de un idioma indígena, aunque algunos actores también admiten que hay indígenas que no hablan un idioma distinto. Sin embargo, aun cuando se esté consciente de la identidad indígena, esto no conduce a acciones tendientes a tomar en cuenta la diferencia cultural y sus posibles consecuencias para la resolución del asunto.

En gran parte de los casos se observa que la determinación de la identidad indígena pareciera irrelevante. En 99% de los casos de indígenas no se registra que se les haya preguntado si pertenecen a alguna etnia o si son indígenas durante la averiguación previa.¹⁴⁰ En 94% de los casos no hay otro documento que refleje la identidad como indígena dentro de la averiguación previa, y sólo en 4% de los casos se les permitió declarar en idioma indígena.¹⁴¹ Ya en la sede judicial la determinación de la identidad indígena es relativamente mejor. En 8% de expedientes de indígenas encontramos preguntas expresas que se dirigen a identificar a indígenas.¹⁴² En 53% de las declaraciones

¹³⁹ Informe del Relator Especial a la CDH, 2004, *op. cit.*, p. 26, cursivas propias.

¹⁴⁰ Encuesta a expedientes, pregunta E122: "¿En la AP se le pregunta al indiciado si pertenece a alguna etnia, si es indígena o si habla idioma indígena?"

¹⁴¹ Encuesta a expedientes, pregunta E127: "¿En algún otro documento dentro de la averiguación previa se hace referencia a la identidad del indiciado como indígena de forma expresa. (un testigo, el denunciante)?" Encuesta a expedientes, pregunta E126: "¿Hay constancia de que al indiciado le dieron la opción de declarar en idioma indígena?"

¹⁴² Encuesta a expedientes, pregunta E174: "¿Durante la declaración preparatoria se pregunta al inculpado si es indígena o perteneciente a alguna etnia indígena?"

preparatorias de indígenas los inculpados se identificaron como pertenecientes a una etnia indígena¹⁴³ y un 8% adicional declaró hablar un idioma indígena.¹⁴⁴ Fue el poder judicial que facilitó, en 38% de los casos, los traductores en la declaración preparatoria cuando fueron requeridos.¹⁴⁵ Sin embargo, en ningún expediente de indígenas se encontró un documento traducido a idioma indígena.¹⁴⁶

Estos datos confirman la perspectiva de los servidores públicos quienes, en general, manifiestan poca conciencia de que el derecho a la autoadscripción proviene del reconocimiento de una identidad diferente, igual de válida y valiosa que las otras identidades presentes en el país. Igualmente preocupante es que ignoran que este derecho conlleva una correlativa obligación jurídica para ellos. En las entrevistas y del análisis de los expedientes se desprende que existe muy poca aplicación práctica de este derecho y se corrobora que no existe ni siquiera la intención de conocer los usos, costumbres y normas indígenas; mucho menos de tomarlos en cuenta.

Para entender mejor los alcances de este derecho es necesario definir los alcances que pueden tener las interpretaciones del mismo. En materia penal específicamente, existen diversas posibilidades que podrían presentarse acerca de la manera de aplicarlo en la práctica. Las posibles hipótesis pueden ser las siguientes:

1. La persona indígena no conoce la norma estatal.

Posibles consecuencias: error de prohibición que podría derivar en una excusa absoluta o en una atenuante.

Es el caso de los indígenas que como parte de su vida ceremonial cazan o pescan ciertas especies que con el paso del tiempo son vedadas por la ley, cuando el Estado determina la protección de la especie, lo que antes fue legal deja de serlo. No obstante, dada la importancia de esa conducta para la cultura y el desconocimiento del nuevo carácter ilegal de la conducta, el indígena continúa realizando su práctica.

2. Independientemente de si la persona conoce o no la norma estatal, su norma indígena es diferente, ya que:

a. Le permite esa conducta

Es el mismo caso de la cacería de especies prohibidas por la legislación nacional. El indígena puede saber que para la legislación federal esa práctica es prohibida, pero

¹⁴³ Encuesta a expedientes, pregunta E176, referente al plazo constitucional: "¿Se identificó el inculpadado en el juzgado como indígena o perteneciente a una etnia indígena?"

¹⁴⁴ Cruce entre las preguntas E176 y E177 de la encuesta a expedientes.

¹⁴⁵ Encuesta a expedientes, pregunta E237: "¿Quién facilitó el traductor?"

¹⁴⁶ Encuesta a expedientes, pregunta E292: "¿Existe en el expediente algún documento traducido a un idioma indígena?"

la lleva a cabo dada la importancia que tiene para su subsistencia y su cultura y dado que en su entorno político-religioso estas prácticas se encuentran permitidas y reguladas en orden a ciclos agrícolas, rituales de purificación o compromisos familiares y comunitarios, etcétera.

b. Le prohíbe esa conducta

Esta hipótesis puede ser causal de justificación para una autoridad que impone una pena a alguien de su comunidad que realizó una conducta permitida por la normatividad nacional, pero prohibida por su sistema normativo interno. Puede ser el caso de alguien que tala un árbol en un lugar sagrado con permiso de la explotación forestal por parte de SEMARNAT, pero en contra del consenso comunitario, o bien alguien que es sancionado por el delito de adulterio, derogado en la legislación nacional.

En estos casos la persona sancionada tendría una acción en contra de su autoridad desde la legalidad estatal. Sin embargo, la autoridad actúa realizando su mandato y acatando las normas de su pueblo, por lo que no se le puede exigir otra conducta, siendo ésta la más viable justificación legal ante las autoridades estatales.

c. La obliga a otra conducta distinta

De manera similar, se podría tratar de una persona a la que su comunidad le obliga a cortar árboles sin contar con la licencia; el topil (policía comunitaria) que es obligado a detener a una persona que desde el punto de vista de la ley estatal no cometió un delito, pero sí lo hizo para la normatividad local. Podría ser también el caso de alguien que es mandado por la asamblea para demoler una construcción ajena o cobrar una multa o una dote a una persona que no quiere pagar. En todos estos casos podrían existir causas de justificación como la debida obediencia —se trata de realizar algo legítimo en su contexto normativo— o igual que en las otras hipótesis, la no exigibilidad de otra conducta, tomando en cuenta la validez del sistema jurídico indígena dentro del sistema jurídico estatal. Es decir, reconociendo que la legislación mexicana se ha abierto al pluralismo jurídico.

La aplicación de los usos, costumbres y normas indígenas puede, en dado caso, dar lugar también a la violación de algún derecho humano. Pero habría que recordar que el respeto a los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas exige que este análisis sobre la existencia o no de una violación a los derechos humanos parta de un conocimiento de la normatividad y prácticas de los pueblos en cada caso.

“TOMAR EN CUENTA”: EL CASO GLADUE EN CANADÁ

En la práctica judicial no existen aún resoluciones mexicanas que expresen cómo los juzgadores han podido interpretar el “tomar en cuenta”, pues por falta de elementos, conocimiento o voluntad, han preferido no invocar este mandato en sus resoluciones, quizá porque tampoco las partes lo han invocado. No obstante, si tomamos la interpretación que jueces de otros países han hecho de normas similares, es posible perfilar dos modelos: uno plasmado en las resoluciones de jueces colombianos, en donde tomar en cuenta implica declinar la competencia de la jurisdicción del Estado en los asuntos donde son competentes las autoridades indígenas y resolver sólo las cuestiones de tutela constitucional correspondiente al cumplimiento con las garantías mínimas (tesis 552/03 Corte Constitucional Colombiana); y otro en la resolución canadiense del Caso Gladue (R. v. Gladue File No.: 26300. 1998: Diciembre 10; 1999: Abril 23) en donde “tomar en cuenta” significa abrir los tribunales del Estado a la consideración del contexto cultural diferenciado mediante el examen de la normatividad indígena para fundamentar su resolución.

Ahora bien, la obligación de los tribunales a “tomar en cuenta los usos y costumbres” muy fácilmente se puede convertir en una intromisión a las jurisdicciones indígenas y plantear problemas de competencia. Para evitar este tipo de conflictos interculturales jurisdiccionales, el Estado debe delimitar muy bien los mecanismos mediante los cuales los juzgadores deben resolver un conflicto intercultural, tomando en cuenta los usos y costumbres, así como la jurisdicción indígena (como expresión del reconocimiento de los sistemas normativos internos) y las competencias jurisdiccionales tanto de la justicia indígena como de la justicia común que esta situación genera.

El primer camino para hacer efectivo el acceso pleno a la justicia, tomando en cuenta los usos y costumbres indígenas, es el respeto a la jurisdicción indígena y la creación de los mecanismos eficaces para su ejercicio. Sin embargo, en los casos en que en el órgano correspondiente se concluya que un asunto es competencia del Estado, o bien, en los casos de conflictos entre una persona indígena y un no-indígena o entre personas de pueblos indígenas distintos, se hace necesaria la existencia de reglas sobre cómo cumplir con la obligación de tomar en cuenta los usos y costumbres de cada comunidad respecto de una persona o personas implicadas en un proceso estatal.

En tal sentido, es notoria la utilidad de revisar el alcance de este derecho en el precedente canadiense del caso Gladue. En esta resolución se delinean una serie de criterios que desde la perspectiva de este tribunal debe considerar el juez para resolver un proceso que involucre a una persona indígena, y en particular respecto a la sentencia, con la finalidad de evitar sentencias de prisión como medida de promoción de los principios de la justicia restaurativa en la sentencia, en reconocimiento de ese enfoque de parte de los pueblos indígenas en Canadá, y de la discriminación social, económico y político que se manifiesta en el gran porcentaje de indígenas que se encuentran entre la población carcelaria en ese país.

1. Al sentenciar a un indígena, los jueces deben considerar:

a) los antecedentes que podrían haber jugado un papel determinante

para que el indígena se encuentre ante los tribunales, inclusive sus referentes culturales y sociales.

b) los tipos de procedimientos para resolver, así como las sanciones que pueden ser más apropiadas en estas circunstancias para el ofensor, debido a su particular origen o pertenencia indígena. De hecho este caso interpreta una ley que obliga “especial atención a las circunstancias de infractores indígenas,” al dictar sentencia.

2. Los jueces deben tomar los antecedentes culturales que pueden influir en la conducta del individuo indígena, así como la prioridad que tiene, para los indígenas, la aproximación restaurativa de sus sentencias.

3. La ausencia de programas de sentencias alternativas para comunidades indígenas no elimina *per se* la habilidad de un juez para imponer una sanción que tome en cuenta los principios de la justicia restaurativa, así como las necesidades de las partes involucradas.

4. En caso de que no existiere una pena alternativa a la pena privativa de libertad, el término de la sentencia debe ser cuidadosamente considerada. La pena privativa de libertad que se impone por el mismo delito a un ofensor indígena, en algunas circunstancias y no en forma automática, debe ser menor que el término normal impuesto para una persona no-indígena.

A pesar de que este caso solamente da luz sobre el “tomar en cuenta” al momento de la sentencia (y no durante todo el proceso o juicio), si proporciona elementos importantes para definir que los usos y costumbres se entienden como todas aquellas prácticas e ideales de justicia sobre las cuales los pueblos indígenas resuelven sus conflictos y que estos ideales no son sólo principios morales, sino normas efectivamente reconocidas e identificables.

El derecho de los pueblos indígenas a que sean tomados en cuenta sus usos, costumbres y normas podría entenderse como una garantía procesal específica de los pueblos indígenas que la autoridad protege dentro de un proceso mediante la identificación y el reconocimiento de los mecanismos de decisión indígenas, así como de sus propias prácticas e ideales de justicia. Esta identificación permite a las partes interesadas en un proceso judicial estatal específico, acceder plenamente no sólo a la jurisdicción estatal, sino también a una sentencia individual jurídicamente válida, culturalmente adecuada y socialmente justa.

Cuando los sistemas de justicia indígena son delimitados jurisdiccionalmente, en términos territoriales, en razón de la persona y de competencia, es más probable que el Estado establezca una serie de mecanismos y parámetros para que el derecho a que sean tomados en cuenta los usos y costumbres, así como las normas indígenas pueda ser llevado a la práctica. Cuando la jurisdicción indígena no es reconocida oficialmente, pero funciona de manera paralela a la justicia estatal, es más probable que el derecho a que sean tomados en cuenta las normas, así como los usos y costumbres de los pueblos indígenas, sea ignorado o no llevado a la práctica.

a. Derecho a la aplicación de una pena alternativa a prisión

1. ¿Cómo se define este derecho?

La normatividad internacional prevé que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de los pueblos indígenas, dichos miembros tienen derecho a que la autoridad le dé preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.¹⁴⁷ El deber de la autoridad de buscar una sanción diferente al encarcelamiento deriva del derecho más amplio a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas de la persona indígena. Este derecho específico reconoce y retoma las prácticas de los pueblos indígenas que prefieren soluciones basadas en los principios de la justicia restaurativa, o en su caso sanciones distintas a la encarcelación para resolver conflictos en sus comunidades. Este derecho tiene como fin mantener la cohesión de la propia comunidad y la preservación de sus instituciones políticas y jurídicas.

El artículo 14 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Discriminación prevé este derecho para los miembros de pueblos y comunidades indígenas.¹⁴⁸ Por otra parte, la llamada "justicia restaurativa" empieza a tener arraigo en el sistema estatal de justicia, al proponer formalmente la implementación de prácticas de conciliación o de suspensión condicional del proceso penal en donde se condiciona el comportamiento del infractor, y en caso de su cumplimiento se extingue la acción, así como la implementación del criterio de oportunidad que permite el no-ejercicio de la acción penal en ciertos casos de menor impacto, sujeto a ciertos condicionamientos. Todos estos medios alternativos para la solución del conflicto descartan la prisión como solución. La recién aprobada reforma procesal penal en el estado de Oaxaca también incluye opciones como éstas para promover soluciones que reparan la ruptura que propició el conflicto, sin descalificar a las personas involucradas y dándoles oportunidades reales para una reintegración social. De esta misma manera, sanciones alternativas a la prisión permitirían, concordante con el énfasis en restaurar la paz social, que el indígena se rehabilite en términos coherentes con su contexto cultural.

Para realizar este derecho en la práctica:

- a) El juzgador debe tomar en consideración si la persona sujeta a proceso es indígena, y

¹⁴⁷ Art. 10, 2) Convenio 169 OIT.

¹⁴⁸ "En el marco de las leyes aplicables, cuando se fijen sanciones penales a indígenas, procurar que tratándose de penas alternativas, se imponga aquella distinta a la privativa de libertad, así como promover la aplicación de sustitutivas penales y beneficios de preliberación, de conformidad con las normas aplicables." Art. 14.V

b) además de haber considerado durante el proceso la cultura y sistema normativo del procesado, debe preferir, en forma explícita, sanciones distintas al encarcelamiento al imponer la pena.

A pesar de que estas alternativas sean previstas sólo para delitos calificados por el código penal estatal como no-graves, los jueces, tanto en el ámbito federal como local, tienen la facultad y el deber, con base en el derecho internacional y nacional, de preferir una pena alternativa a la de prisión como una de las muchas maneras de hacer efectivo el derecho de las personas indígenas a que sean tomados

en cuenta sus usos, costumbres y normas en los procesos o juicios frente al Estado.

PENAS ALTERNATIVAS EN EL CÓDIGO PENAL DE OAXACA

Entre las penas alternativas al encarcelamiento, según el artículo 17 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Oaxaca, se encuentran las siguientes:

“Artículo 17. Las penas y medidas de seguridad son las siguientes:

- I. ...;
- II. semilibertad;
- III. confinamiento y prohibición de concurrencia o residencia;
- IV. multa;
- V. reparación del daño;
- VI. pérdida de los instrumentos del delito, decomiso o destrucción de cosas peligrosas o nocivas;
- VII. suspensión de derechos;
- VIII. inhabilitación, destitución o suspensión de cargos, empleos públicos o ejercicio de profesiones y actividades técnicas;
- IX. suspensión o disolución de sociedades;
- X. intervención, remoción, prohibición de realizar determinadas operaciones y extinción de las personas jurídicas colectivas;
- XI. apercibimiento;
- XII. caución de no ofender;
- XIII. publicación especial de sentencia;
- XIV. sujeción a la vigilancia de la policía;
-
- XVI. trabajo a favor de la comunidad;
- XVII. arraigo domiciliario; y
- XVIII. prohibición de abandonar una demarcación geográfica, sin autorización judicial.

b. Derecho a la defensa adecuada y su relación con el derecho al traductor y/o intérprete¹⁴⁹

1. ¿Cómo definimos el derecho a la defensa?

El derecho a la defensa parte de la garantía fundamental del debido proceso legal reconocido en el orden jurídico nacional¹⁵⁰ e internacional.¹⁵¹ Este derecho implica que desde la detención¹⁵² la persona a quien se le imputa la comisión de un delito tenga acceso a los medios necesarios, tanto materiales

¹⁴⁹ A falta de aviso específico al contrario, los datos estadísticos contenidos en este apartado refieren sólo a los casos del fuero común, ya que por la falta de acceso a muchos de los expedientes federales de la muestra no se pudo realizar la comparación entre el reporte del recluso sobre su experiencia respecto a la defensa y lo reportado en las expedientes.

¹⁵⁰ Art. 20, Constitución Federal.

¹⁵¹ Art. 8, 2. CADH, Art 14 PIDCP.

¹⁵² “...el detenido, *al momento de ser privado de su libertad* y antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad, debe ser notificado de su derecho de establecer contacto con una tercera persona, por ejemplo, un familiar, un abogado o un funcionario consular, según corresponda, para informarle que se halla bajo custodia del Estado. La notificación a un familiar o allegado tiene particular relevancia, a efectos de que éste conozca el paradero y las circunstancias en que se encuentra el inculpa-do y pueda proveerle la asistencia y protección debidas. *En el caso de la notificación a un abogado tiene especial importancia la posibilidad de que el detenido se reúna en privado con aquél, lo cual es inherente a su derecho a beneficiarse de una verdadera defensa.*” *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 112. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta decisión establece el derecho del detenido a comunicarse con una persona “al momento de ser privado de su libertad.

(la posibilidad de investigar y aportar pruebas) como técnicos (asistencia de un defensor), con el fin de definir e implementar una estrategia de defensa. La esencia de este derecho yace en la oportunidad de aportar su perspectiva respecto al conflicto penal, en condiciones de igualdad con la acusación.

Los medios que se garantizan en función de potenciar esta igualdad de oportunidad consisten fundamentalmente en lo siguiente: primero, que la persona implicada conozca y entienda con anticipación y en detalle la acusación formulada en su contra,¹⁵³ en el entendimiento que no se puede defender contra una acusación desconocida; y segundo, que se garantiza el "derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos",¹⁵⁴ conocido también como derecho a la contradicción.

El pleno cumplimiento de estos derechos requiere como condición previa que la persona tenga acceso a un defensor con el que se pueda comunicar libremente y en privado, incluso antes de su primera declaración en función del derecho a contar con "el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa,"¹⁵⁵ que se explicita en una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, provocada por un amparo interpuesto por un defensor público federal:

"...en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa... que se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público¹⁵⁶... en lo que se refiere a la fracción II ... que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la 'asistencia' no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con

¹⁵³ Artículo 14.3(a) del PIDCP se explicita este derecho de la siguiente manera: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella"; La Convención Americana sobre los Derechos Humanos en su artículo 8.2 lo expresa así: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada..."; Convenio 169 de la OIT, "Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan *comprender y hacerse comprender* en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces."

¹⁵⁴ Artículo 8 CADH.

¹⁵⁵ Artículo 8 CADH.

¹⁵⁶ El derecho internacional ubica este derecho desde el momento de la detención, porque también opera para proteger la integridad personal y seguridad de la persona detenida. Además, le permite al inculpado empezar a orientarse frente a la imputación penal.

la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido... podrá entrevistarse con quien vaya a fungir con su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. *En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.*"¹⁵⁷

Es evidente que la comunicación entre el defensor y su defendido¹⁵⁸ es necesaria para el cumplimiento del derecho a una adecuada defensa.¹⁵⁹ En un contexto pluricultural la adecuada defensa requiere, adicionalmente, de personal especializado que pueda facilitar la comunicación intercultural entre defensor y representado y de éste con el ministerio público y el tribunal, así como la comprensión de los procedimientos, su contenido y su significado por el representado en todo momento.

2. ¿Cuál es la práctica procesal?

El acceso a la defensa se mide en los términos de la posibilidad de comunicación de la persona implicada en la comisión de un delito con su defensor durante varios momentos claves de los procedimientos y el proceso, inclusive antes de las declaraciones ministerial y preparatoria, y tanto antes como después de las audiencias, ya que éstos representan momentos de decisión dentro de la ejecución de la estrategia de defensa que abarca, entre otras cosas, optar por declarar o reservarse ese derecho en condiciones que le permitan medir las consecuencias de su decisión.¹⁶⁰ Estos momentos de consulta dan, además, la oportunidad de aclarar cualquier duda que tenga el defendido sobre la naturaleza de la acusación, el alcance de sus derechos u otros aspectos relacionados con el desarrollo de la defensa. Desde esta perspectiva, los datos del diagnóstico indican que en la práctica la presencia del abogado en la agencia del ministerio público o en la declaración preparatoria, aun cuando se realice antes de la declaración, no necesariamente se traduce en una comunicación del tipo exigido por los tratados internacionales y la tesis jurisprudencial de interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación antes citada.

¹⁵⁷ DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20 APARTADO A DE LA CONSTITUCION FEDERAL). *Novena época, primera sala, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XXIII, mayo de 2006, tesis: 1º/J. 23/2006, página 132.*

¹⁵⁸ En el ámbito del derecho internacional, se admite la defensa del inculcado por sí. Sin embargo, en sistemas de justicia altamente tecnificados, se reconoce también la necesidad de contar mínimamente con un asesor legal capaz de asegurar la defensa adecuada. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8.2.d.

¹⁵⁹ Artículo 8, CADH, Artículo 14 PIDCP.

¹⁶⁰ Artículo 8.2(c), (d) y (g) de la CADH

Los datos de este estudio constatan la poca importancia que, en la práctica, el sistema de justicia,¹⁶¹ atribuye a la comunicación privada entre los inculcados o procesados y sus defensores a lo largo de los procedimientos, y desde el momento de su detención. Además de ser escasa la defensa, ésta se presenta en momentos poco apropiados para concretarla. Como ejemplo, los datos de las encuestas sugieren que los funcionarios no siempre *informan* sobre el derecho a contar con un defensor, o que en todo caso es un derecho no comprendido por el inculcado. De acuerdo con las encuestas levantadas, 55% de los presos indígenas en el ministerio público y 24% de presos indígenas en el juzgado, manifestaron que no se les informó que tenían derecho a contar con un defensor.¹⁶² Esta falta de información es más grave en agencias del ministerio público que en juzgados y la padece más frecuentemente la población indígena que la no-indígena.¹⁶³

El análisis de los datos también levanta dudas sobre el nivel de cumplimiento respecto a la *disponibilidad* del defensor. El 67% de los encuestados indígenas en el ministerio público¹⁶⁴ y 27% en el juzgado¹⁶⁵ consideraron que no contaron con la asistencia de un defensor.

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P22 NO TUVIERON ABOGADO EN EL MINISTERIO PÚBLICO			
	INDÍGENAS	67%	NO-INDÍGENAS	58%
	P45 NO TUVIERON ABOGADO EN SU DECLARACIÓN PREPARATORIA EN EL JUZGADO			
	INDÍGENAS	27%	NO-INDÍGENAS	13%

¹⁶¹ Habría que reconocer que la normativa a nivel del Instituto de Defensoría Pública Federal obliga a los defensores entrevistarse con su cliente y practicar visitas carcelarias iniciales y ordinarias a los defensos durante el procedimiento. (De la Defensa Pública en la Averiguación Previa) artículo fracción II, (De los instrumentos de registro y expedientes de control para el servicio de defensa pública en materia penal) artículo 41 fracción III, y (De la visita a detenidos y arraigados) artículo 28 fracción I y II, *Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública (2004)*.

¹⁶² El dato para no-indígenas es menor (47% en el MP y 12% en el juzgado), pero sigue siendo preocupante desde la perspectiva del ejercicio del derecho a la defensa.

¹⁶³ Los datos en el fuero federal siguen estas mismas tendencias generales.

¹⁶⁴ Encuesta a reclusos, pregunta P22: "¿Tuvo abogado o persona de su confianza que lo ayudara en la agencia del MP?"

¹⁶⁵ Encuesta a reclusos pregunta, P45: "¿Y tuvo abogado en su declaración preparatoria en el juzgado?"

Los datos de las tablas anteriores contrastan con los resultados de la encuesta a los expedientes, que registran que 97.5% de los casos en el ministerio público y 99.5% de los casos en el juzgado, sí contaron con defensor.¹⁶⁶ Existe, por lo visto, una distancia entre la percepción de los que son usuarios del sistema de justicia y lo que refleja el expediente. De esta manera, aun cuando estuviera presente el defensor en los casos donde así lo registra el expediente, el desconocimiento del derecho y la consecuente ausencia de oportunidad para asesorarse implican necesariamente que estas personas no contaron ni con el tiempo ni con los medios adecuados¹⁶⁷ para preparar su defensa durante las etapas iniciales de su detención y procesamiento.

La conclusión de que se tiene poco acceso al defensor antes de la declaración se apoya además en los datos del mismo expediente que reportan que, tanto en el caso de personas indígenas como no-indígenas, el *nombramiento* del defensor se hace sistemáticamente en el momento de la declaración ministerial o preparatoria y no antes. De acuerdo con las siguientes tablas, a los indígenas en un 97% y a los no-indígenas en un 95% se les nombró defensor en la agencia del ministerio público hasta el momento de la declaración. (ver tabla inferior). El expediente ya en el juzgado registra que en 96% de todos los casos, el nombramiento del defensor se realiza en el momento de la declaración.

ENCUESTA A EXPEDIENTES	E86 ¿CUÁNDO FUE HECHO EL NOMBRAMIENTO DEL DEFENSOR O PERSONA DE CONFIANZA EN LA AGENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO?		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	Antes de la declaración	3%	5%
	Al momento de declarar	97%	95%
	Total	100%	100%
	Número de casos	244	137

¹⁶⁶ E195: "¿El inculcado tuvo defensa en su declaración preparatoria? E83: "¿Tipo de defensa en agencia MP?". En el ministerio público los defensores eran de oficio en 54%, particulares 34% y de confianza 9% en el caso de indígenas. Para no-indígenas hay un mayor número que cuentan con defensores de oficio (64%), y menos particulares (28%) y de confianza (6.3).

¹⁶⁷ Ver artículo 8.2(c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que garantiza como parte del derecho a la defensa, la "concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa".

E199 NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR FUE HECHO EN EL PLAZO CONSTITUCIONAL			
ENCUESTA A EXPEDIENTES		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	Antes de la declaración	3%	5%
	Al momento de declarar	97%	95%
	Total	100%	100%
	Número de casos	582	209

En este caso, los resultados de las encuestas a reclusos son congruentes con lo reflejado en el expediente, aunque en menor grado, ya que 68% de los reclusos tanto indígenas como no-indígenas, respondieron que en el ministerio público su abogado estuvo presente hasta el momento de la declaración o después de ésta. Así se observa en la siguiente tabla:

P23 ¿DESDE QUÉ MOMENTO ESTUVO PRESENTE SU ABOGADO EN EL MINISTERIO PÚBLICO?			
ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	Antes de la declaración	30%	32%
	Después de la declaración	19%	16%
	Durante la declaración	49%	52%
	Nunca	1%	—
	No sabe/No contesta	1%	—
	Total	100%	100%

La interpretación más probable de estos datos encontrados es que la forma de llevar a cabo la declaración ministerial nada tiene que ver con la realidad del ejercicio de la defensa; es decir, el sistema registra casi el 100% de cumplimiento con el requisito legal de la presencia del defensor en la declaración mediante la constatación de su nombramiento en ese momento. Como el sistema no estima necesario que sea nombrado antes, no lo registra de esa manera aun y cuando haya un contacto previo con el defensor. Mientras es razonable no acreditar en todos los casos la sola palabra del recluso entrevistado en cuanto al acceso al defensor, la suma de las entrevistas a reclusos coincide con las experiencias relatadas por otros actores del sistema. Como consecuencia, probablemente estén registrados mucho más frecuentemente en el expediente la pre-

sencia y el acceso al defensor, cuando en términos reales no se producen. Este análisis demuestra, sobre todo, que el formal nombramiento del abogado, por sí solo, no refleja la calidad de la interacción entre el inculcado y su defensor que se esperaría para el cumplimiento del derecho a la defensa adecuada.

En este sentido, más de la mitad de los reclusos entrevistados, indígenas o no-indígenas, manifestaron no haber tenido la posibilidad de hablar con su abogado durante la averiguación previa.¹⁶⁸ Del mismo modo, más de 50% de todos los encuestados no pudieron hablar con su abogado antes de declarar, como se indica en la tabla siguiente:¹⁶⁹

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P26 NO PUDO HABLAR CON SU ABOGADO EN EL MP		P50 NO PUDO ASESORARSE CON EL ABOGADO QUE ESTUVO EN LA PRIMERA DECLARACIÓN ANTES DE DECLARAR	
	PORCENTAJE		PORCENTAJE	
	Indígenas	51%	61%	
No-Indígenas	68%	52%		

Como se demuestra en el cuadro anterior, existe una diferencia marcada respecto a la percepción de los indígenas y los no-indígenas en cuanto a la oportunidad de asesorarse antes de declarar. En todo caso, de las personas que declararon en agencia del ministerio público y que sí pudieron consultar con su defensor antes de la declaración, casi la mitad en el caso de los indígenas, y 77% en el caso de los no-indígenas, no pudieron hacerlo en privado, como se aprecia en la tabla siguiente:

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P27 CUANDO HABLARON EN EL MP FUE: ¹⁷⁰		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	A solas/en privado	49%	17%
En público/frente a funcionarios del MP	49%	77%	

¹⁶⁸ Encuesta a reclusos, pregunta P26: "¿Pudo hablar con su abogado cuando estuvo en la agencia del MP?"

¹⁶⁹ Encuesta a reclusos, pregunta P50: "¿Su abogado que estuvo en la primera declaración lo pudo asesorar antes de declarar?"

¹⁷⁰ Esta tendencia se revierte en el fuero federal donde 63% de los reclusos indígenas hablaron en público con su abogado, mientras que los no-indígenas lo hicieron sólo en 39%.

Del cuadro general que se pinta en estas estadísticas, no hay diferencias importantes entre la población indígena y la no-indígena respecto al incumplimiento de derechos. En ambos casos los datos indican la negación sistemática del derecho a la defensa en sus modalidades de comunicación libre y privada con su defensor,¹⁷¹ así como el derecho a gozar del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa. En atención a los resultados del estudio, la violación consistiría en que el acusado no cuenta con la oportunidad de asesorarse con un defensor profesional sobre el contenido de la acusación y la manera en que debe enfrentarla, lo que evidentemente no implicaría falsear la declaración, sino adecuar sus acciones a la lógica del procedimiento para hacer efectivo el ejercicio de sus derechos.

No es sorprendente esta realidad, ya que de conformidad con distintas fuentes se observa que persiste la visión de que la intervención del defensor obstaculiza la posibilidad del investigador y juzgador de llegar a la verdad histórica. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que, “[D]e acuerdo con el principio de intermediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, *producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas*, deben prevalecer sobre las posteriores.”¹⁷² Esta perspectiva sigue premiando la posibilidad de que el inculpado declare sin asistencia legal previa, en perjuicio del ejercicio del derecho a la defensa y la garantía del debido proceso legal.

Esta última posición parece ser la que se aplica en la práctica a pesar de la reciente jurisprudencia de la Suprema Corte en sentido contrario. Los abogados de las organizaciones de la sociedad civil han expresado en entrevistas que es frecuente la creencia que el contar con asesoría jurídica previa a la declaración podría implicar la falta de espontaneidad en la declaración o la posibilidad del aleccionamiento para falsearla. Estos abogados dejaron asentada claramente su experiencia práctica donde el acceso al inculpado previo a su declaración en el ministerio público es negado sistemáticamente.

“No hay una adecuada defensa.... No podemos platicar con nuestro defendido antes de que declare, porque en la práctica no se permite ese derecho ya que existe laguna en la ley para el caso de asistirlo, por lo que se nos impide este derecho y los argumentos son que se prestaría para inducirlo a desvirtuar su declaración...”¹⁷³

Esta práctica, así como la perspectiva que la sustenta, están claramente en conflicto con las exigencias mínimas del derecho a la defensa, de tal manera que pareciera con-

¹⁷¹ Artículo 8.2(d) Convención Americana sobre Derechos Humanos

¹⁷² CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO, *Séptima época, sala auxiliar, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo 205-216, séptima parte, pág. 333.*

¹⁷³ Entrevista a abogados de organizaciones no gubernamentales, 2006.

tradecir a la misma Constitución federal, la cual garantiza el derecho a la defensa adecuada aún durante la averiguación previa.¹⁷⁴

Respecto al proceso ante el juez, los resultados reflejan que alrededor de 40% de los inculpados, tanto indígenas como no-indígenas, recibieron asesoría antes de las audiencias en algún momento, como se ve en el siguiente cuadro.¹⁷⁵ En este sentido, contrario a la especulación sobre la instrucción de falsear o distorsionar su dicho, la mayoría de los procesados parecen no recibir ninguna orientación sobre su defensa.

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P55 ¿SU ABOGADO LE HA ACONSEJADO ANTES DE LAS AUDIENCIAS?		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	No	60%	59%
Sí	40%	41%	

Por otro lado, la falta de continuidad del defensor impone un obstáculo adicional al ejercicio efectivo de este derecho. De los indígenas presos, 12% contaron con un defensor distinto durante la declaración preparatoria ante el juez, del que tuvieron durante la averiguación previa.¹⁷⁶

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P48 ¿EL ABOGADO EN SU DECLARACIÓN PREPARATORIA ES DISTINTO AL QUE TUVO EN LA AGENCIA DEL MP? ¹⁷⁷		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	Distinto	12%	17%
El mismo	12%	14%	
No tuvo en el MP	40%	32%	
No sabe /No contesta	35%	36%	

¹⁷⁴ Art. 20(A) fracciones IX y X Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

¹⁷⁵ P55: "¿Y su abogado le ha aconsejado antes de las audiencias?"

¹⁷⁶ P48: "¿Este abogado de su declaración en el juzgado es distinto al que tuvo en la agencia del MP?"

¹⁷⁷ El dato es el doble para los indígenas en el fuero federal (24% tuvo un abogado distinto en el juzgado). Esto puede deberse a la organización del trabajo de la defensoría, ya que se adscriben defensores al ministerio público, y otros a los tribunales, resultando en una organización del trabajo de la defensa que perjudica la continuidad de la defensa centrada en una comunicación fluida con los representados. Considerando la importancia que tiene la averiguación previa en el proceso penal mexicano (las actuaciones de la averiguación previa pueden ser utilizados para sustentar la sentencia, y por el principio de inmedia-

Adicionalmente, 55%¹⁷⁸ de los indígenas tuvieron más de un abogado durante la fase judicial del proceso. Es de suponerse que estos cambios dificultan el diseño de una estrategia de defensa coherente e imponen una carga adicional sobre un sistema que ya tiene dificultades para lograr la necesaria agilidad en la comunicación entre el inculgado o acusado y su defensor. Esta dificultad se complica frente a los obstáculos para la comunicación con el defensor en los momentos determinantes para los resultados del proceso,¹⁷⁹ y más aún, frente a las diferencias lingüísticas y culturales que inciden cuando el defendido es indígena.

ENCUESTA A EXPEDIENTES	E248 ¿TUVO EL ACUSADO MÁS DE UN DEFENSOR A LO LARGO DEL PROCESO JUDICIAL?	
	INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
No	38%	33%
Sí	55%	54%
No hay información	6%	13%

Finalmente, los mismos defensores de oficio federales señalaron específicamente como obstáculo para la defensa las distancias que existen entre los juzgados y los lugares donde sus clientes indígenas radican, de manera tal que el tener que comparecer regularmente en el tribunal en cumplimiento de sus obligaciones procesales se vuelve una carga insostenible para sus clientes que carecen, además, de acceso a recursos económicos. Esta circunstancia les perjudica respecto a la posibilidad de gozar de libertad durante el proceso. En otros casos, se torna un obstáculo para el desarrollo de la defensa la distancia entre el juzgado y el lugar donde se encuentra recluso su representado.

Asimismo, a los defensores tanto del fuero común como federales se les complica la comunicación con sus clientes indígenas y la investigación de los casos. Es de

tez declaraciones tomadas en la averiguación previa pueden ser considerados más fidedignas que declaraciones tomadas posteriormente), sería importante contar con la continuidad de la representación de la defensa desde la averiguación previa, hasta el plazo constitucional, la instrucción y el juicio en primera instancia. Ver artículo 17, *Bases Generales de Organización y Funcionamiento del Instituto Federal de Defensoría Pública (2004)*.

¹⁷⁸ E248: "¿Tuvo el acusado más de un defensor a lo largo del proceso judicial?" No hay una diferencia significativa respecto a los no-indígenas.

¹⁷⁹ "En todos los casos examinados en este estudio se verificó una coincidencia básica entre el contenido del auto de término constitucional y el de la sentencia. Esta constatación sugiere cuál es el hilo conductor del proceso penal, visto en secuencia inversa: la sentencia elabora aquello que ya estaba formulado en el auto de término constitucional, y éste generalmente adopta, desde el lado del juzgador, la perspectiva propuesta por el MP en la consignación." Luis Pásara, *Cómo sentencian los jueces del Distrito Federal en materia penal* (2006) Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

notarse que la defensa no tiene investigadores, ni cuenta con acceso a peritos suficientes o idóneos para asegurar la necesaria comunicación entre inculpado y defensor o la adecuada investigación del caso, en especial cuando éste implica trasladarse al lugar de los hechos o la comunidad donde radica el representado.

Es viable suponer que la barrera lingüística impide la comunicación con el defensor en mayor grado cuando se trata de un inculpado que no tiene como primer idioma el español. Esta apreciación se refuerza con los datos ya mencionados, que señalan mayores desventajas respecto a los reclusos indígenas en algunas de las categorías. Sin embargo, es evidente que tanto para indígenas como no-indígenas existen importantes obstáculos sistémicos para la implementación del derecho de defensa, debido a las limitaciones para el acceso al defensor y la inadecuada comunicación entre defendido y defensor cuando logran encontrarse.

En este sentido, el sistema formal nada hace para reflejar la realidad del cumplimiento práctico del derecho a la defensa. La formalidad termina obstaculizando el ejercicio de este derecho, ya que no exige al actor del sistema verificar que para el afectado quede claro que cuenta con ese derecho, que conozca oportunamente su contenido y alcance, y cómo acceder a ello. Esta brecha entre lo formal y lo real que evidencia este diagnóstico es una característica propia de los sistemas escritos y jerárquicos de justicia, en donde la revisión de las decisiones judiciales de primera instancia conduce a que se mida el cumplimiento formal de los derechos, pero no necesariamente su cumplimiento de fondo.¹⁸⁰ En este contexto, el registro de la presencia del defensor, lejos de asegurar la garantía de la defensa adecuada, se convierte en un bien en sí.

Este difícil acceso al defensor durante la detención inicial y la preinstrucción ocurre en un contexto en donde los datos sugieren que el sistema penal considera la declaración de los inculcados un supuesto central para la tramitación del caso. Además del tardío nombramiento del defensor, se observa que en promedio más de 92% de los inculcados declaran (ver tablas 1 y 2). Se considera que tal práctica no favorece el desarrollo de la capacidad efectiva de investigación del ministerio público, puesto que se concentra en forma desmedida en la corroboración de los cargos por medio de la declaración del acusado y se omite el empleo de otras técnicas más eficaces y efectivas de investigación. Dado el limitado acceso al defensor y el enfoque del sistema en la rendición de la declaración por parte del inculpado, se cuestiona que los inculcados tengan una comprensión plena de los alcances del derecho de reservar su declaración. Así se observa en los siguientes resultados donde tanto para indígenas como para no-indígenas no existe constancia en aproximadamente 24% de los expedientes del derecho a no declarar:

¹⁸⁰ Se han resaltado importantes obstáculos en el empleo del amparo para la protección de derechos en el sistema penal. Ver discusión sobre el amparo en el *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México*, OACNUDH (2004) Capítulo 2.1.6, págs 34-35.

ENCUESTA A EXPEDIENTES	E82 ¿HAY CONSTANCIA DE QUE LE INFORMARON SOBRE SU DERECHO A DECLARAR O RESERVARSE?		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	No	25%	24 %
Sí	75%	76%	

Por otra parte, aunque en 75% de los casos hay una mención al respecto, resulta que la tasa de reserva es sumamente baja (ver tablas 1 y 2). Mientras puede haber varias explicaciones del porqué de esta situación, sería racional concluir que el sistema aliena la declaración del inculcado en las primeras etapas del procedimiento, cuando éste ha tenido menores posibilidades de conocer en detalle la acusación y aún menos oportunidad de conducir una mínima investigación y cotejo de las pruebas posibles que le permita ejercer responsablemente la defensa.

En la tabla 1 se observa una diferencia en el número de casos en donde se reservó su derecho a declarar en el ministerio público entre los indígenas (2%) y no-indígenas (9%) (tabla 1). Por otra parte, en la práctica los datos reflejan que en sede judicial se mantienen los bajos índices de reserva de este derecho, y que en todo caso los indígenas son menos propensos a reservar su derecho a declarar (ver tabla 2).

ENCUESTA A EXPEDIENTES	TABLA 1 E91 ¿EL INDIADO DECLARÓ EN EL MP?		TABLA 2 E179 ¿EL INculpADO DECLARÓ ANTE EL JUEZ?		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS	INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	No	96%	89%	95%	91%
Sí	2%	2%	1%	2%	
Se reservó su derecho	2%	9%	4%	6%	

En base a estos análisis, puede concluirse que la población indígena tiene un acceso más restringido a la defensa que sus equivalentes no-indígenas, tanto en las agencias del ministerio público como en el plazo constitucional, aunque dicho acceso tampoco se garantiza aun en el caso de los no-indígenas.

A través de este análisis se destaca la importancia que tiene la vigencia de cada derecho humano respecto a los otros. Esto hace que cuando alguno no está debidamente garantizado la defensa de otros se dificulte. En este caso la falta de traductor

o intérprete, que se analizará en detalle más adelante, se convierte en un problema central para la garantía del derecho a la defensa.

Como ejemplo se señala que de las distintas entrevistas a autoridades indígenas, se concluye que en los procedimientos celebrados ante ellas la forma de ejercer la defensa es distinta. Son pocos los casos en los cuales los acusados se expresan mediante un representante. Al mismo tiempo, familiares u otros miembros de la comunidad pueden prestarse para apoyar la solución del conflicto. De hecho, se ha visto reflejado en algunas de las entrevistas a reclusos y del examen de expedientes que las autoridades de las mismas comunidades ofrecen ante el sistema de justicia estatal, constancias sobre la probidad y buena conducta, así como sobre la inocencia del inculpado.

En tal sentido, para el indígena puede resultar bastante ajeno a su cultura jurídica el hecho de que en los procesos seguidos ante los órganos estatales de justicia penal deba conducirse a través de un especialista desconocido y que los procedimientos no se encaminen a una resolución conciliada, como es la práctica común en las comunidades. Ante esta realidad el defensor, así como el ministerio público y el juez, deben realizar esfuerzos adicionales para hacer entender al inculpado las dinámicas respecto al ejercicio de sus derechos en el contexto de la justicia estatal. Deben emplear modalidades específicas para poder incorporar a la perspectiva de la defensa, la acusación y del juzgador el contexto cultural diferenciado del indígena para asegurar que se le tome en cuenta a lo largo de los procedimientos.

Lo paradójico es que al suponer que la atención a estas diferencias violaría el principio jurídico de igualdad ante la ley, los actores del sistema, al dejar de tomar en cuenta un conjunto de normas que llaman al reconocimiento de la diferencia cultural como garantía del acceso a la justicia, terminan incumpliendo los términos de la igualdad que exigen estos mismos procedimientos. Como un propio agente del ministerio público señala al respecto:

“considero que no hay diferencia entre una persona indígena y otra no-indígena porque todos somos iguales, la atención como servidor público es la misma, la diferencia es que uno necesita de un traductor para que pueda entender y otro no”¹⁸¹

Es coherente con este razonamiento que el defensor y los demás actores del sistema de justicia estatal instrumenten la toma en cuenta de las diferencias culturales mediante el empleo de intérpretes idóneos y peritajes profesionales, para poder entender en su plenitud la realidad de las culturas diferenciadas y el ejercicio de los usos, costumbres y el derecho consuetudinario¹⁸² de los pueblos indígenas. Sólo de esta manera se

¹⁸¹ Entrevistas a agentes del ministerio público.

¹⁸² Art. 2, apartado A, fracción VIII, constitucional y arts. 2, 2-c; 8,1; 9,2.; 10, 1. del Convenio 169 OIT.

podrá garantizar el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado en términos de igualdad.

c. Derecho al traductor y/o intérprete

1. ¿Cómo definimos el derecho al traductor y/o intérprete?

El derecho al traductor o intérprete en la legislación nacional tiene dos enfoques. La primera está en relación con el derecho al debido proceso¹⁸³ y significa que las partes en un proceso que no dominen el idioma en que se desarrollan los procedimientos, deben contar con los medios suficientes para establecer una adecuada comunicación que les permita ejercer plenamente el derecho de la persona a "ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella", el derecho a la defensa adecuada y todo lo demás que ello implica. En el contexto indígena no bastaría, para realizar el pleno derecho a la defensa, la comprensión literal de ciertos términos, sino que se requiere además una comunicación intercultural fiel para su debido ejercicio. Este enfoque, que también se encuentra en el lenguaje del Convenio 169 de la OIT, al referirse a la garantía de "comprender y hacerse comprender" en los procedimientos es una interpretación reiterada por los códigos procedimentales nacionales. En esta línea argumentativa, este derecho busca garantizar ciertos apoyos para superar los obstáculos a la comprensión mutua.

Por otra parte, si bien el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT¹⁸⁴ reconoce que el Estado debe tomar las medidas necesarias para que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender durante los procedimientos legales cuando existen impedimentos para la comunicación y comprensión dentro del procedimiento, atendiendo al espíritu del Convenio, se debe resaltar que este instrumento busca la realización plena de los derechos de los pueblos indígenas, cuya identidad se expresa, en parte, a través de su idioma.

Esta observación conduce a la segunda vertiente de interpretación de este derecho, que va más en el sentido de la perspectiva integral de los derechos indígenas, y se relaciona con el derecho individual y colectivo de los pueblos indígenas a expresarse en su lengua. Se considera un derecho colectivo porque es la garantía de una colectividad

¹⁸³ Su garantía se encuentra en los tratados internacionales de que México es parte, a que se hace referencia a continuación: art. 14, 3 a) y f) del PIDCP. En el mismo sentido, el art. 8, a) de la CADH.

¹⁸⁴ "Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces." Art. 12 Convenio 169 de la OIT.

de preservar su identidad a través del uso de su idioma. En tal sentido, el artículo 28 del Convenio 169 de la OIT establece una serie de disposiciones encaminadas a la preservación de las lenguas indígenas. Por ello, no sólo se trata de facilitar el trabajo de las autoridades para comprender lo que expresa la persona indígena o que ésta pueda comprender o hacerse comprender en el procedimiento, sino que este derecho también implica el libre ejercicio de una facultad que la ley confiere a estos grupos y sus miembros como parte de la nación pluricultural mexicana, tal y como lo expresa el artículo 2° de la Constitución.

Esta facultad no debe entenderse como capricho o medida tendiente a obstaculizar el desarrollo de los procesos, sino que tiene un carácter sustantivo por implicar el reconocimiento de la diversidad cultural del país. También tiene un valor práctico, porque la necesidad de traducción e interpretación no sólo implica una conversión literal de palabras. Como los estudios lingüísticos señalan, un idioma encierra una visión del mundo, una manera de expresar ideas en contextos de emisión del lenguaje donde las palabras contienen ideas, percepciones y entramados significativos que sólo pueden comprenderse en los contextos sociales de producción. Si los juzgados no logran captar esta dimensión del lenguaje, muy difícilmente podrán entender cabalmente los hechos que pretenden resolver.

Como consecuencia, la Constitución, al establecer que "los indígenas tienen en *todo tiempo el derecho* de ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y su cultura",¹⁸⁵ no está exigiendo en ningún momento que el indígena no sea competente en el uso del español para ejercer este derecho. Es, más bien, una forma de garantizar el derecho a la autoadscripción como miembro de un pueblo o comunidad indígena. La formulación "en todo momento" establece que el derecho a hablar en sus lenguas no tiene condicionamiento o restricción. La Ley General de los Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas detalla este derecho al señalar que "[E]s *derecho* de todos los mexicanos comunicarse en la lengua de la que sea hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral o escrita, en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales y cualesquiera otras",¹⁸⁶ y que "las lenguas indígenas que se reconozcan en los términos de la presente Ley y el español son lenguas nacionales por su origen histórico, y tienen la misma validez en su territorio, localización y contexto en que se hablen".¹⁸⁷

A la luz de estas disposiciones, los actores del sistema de justicia no tendrían la facultad de decidir si es procedente o no el uso de traductor o intérprete, dado que es derecho de los indígenas lograr comunicarse en su idioma, lo que implica

¹⁸⁵ Artículo 2, fracción VIII, apartado A, Constitución federal.

¹⁸⁶ Artículo 9 de la citada ley.

¹⁸⁷ Artículo 4.

expresarse y recibir información en su lengua durante los procedimientos. De esta manera, de la Constitución mexicana se desprende que la figura del traductor o intérprete se considera no sólo como medio de comunicación de palabras o ideas, sino también como medio para asegurar el pleno ejercicio de su identidad cultural, la cual conlleva el reconocimiento de las formas de organización social, política, económica y cultural de los pueblos indígenas, así como la toma en cuenta de estas formas aun cuando sean juzgados los indígenas en el sistema estatal de justicia. Para ello, el traductor o intérprete además de hablar ambas lenguas debe comprender las particularidades culturales del inculpado o acusado y el lenguaje del sistema estatal e indígena, ya que éste también adquiere un conjunto de significados particulares en los respectivos contextos.

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, reconoce el aspecto más amplio de este derecho, aunque no lo garantiza, cuando determina que, *"En los juicios en que un indígena sea parte, las autoridades se asegurarán que de preferencia los procuradores de justicia y los jueces sean hablantes de la lengua nativa o, en su defecto, cuente con un traductor bilingüe y se tomarán en consideración dentro del marco de la ley vigente, su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia"*. En resumen, la Constitución de la entidad prefiere que el Estado maneje la lengua indígena como instrumento de comunicación y en reconocimiento del contexto cultural diferenciado, al imponer una obligación de instrumentar este objetivo, aunque no lo obliga definitivamente.

Sin embargo, los códigos de procedimientos penales, tanto el federal¹⁸⁸ como algunos de los estatales,¹⁸⁹ siguen señalando la figura del traductor e intérprete no como la expresión de la identidad indígena, sino como una necesidad del procedimiento, en el sentido primero que se ha reflexionado. Al respecto es alentadora la recién aprobada reforma del proceso penal en Oaxaca, que establece específicamente el derecho a contar con traductor o intérprete a solicitud del indígena, independientemente de su grado de dominio del español.¹⁹⁰ Sin embargo, como se verá a continuación, faltan pasos importantes para asegurar en la práctica, la plena implementación de este derecho.

¹⁸⁸ CPP federal, artículo 28: "cuando el inculpado, el ofendido o el denunciante, los testigos o los peritos *no hablen o no entiendan suficientemente* el idioma castellano, se les nombrará a petición de parte o de oficio uno o más traductores..."

¹⁸⁹ Artículos 22, 146 y 201 del Código de Procedimientos Penales del estado de Oaxaca vigente.

¹⁹⁰ Código de Procedimientos Penales de Oaxaca, aprobado y que entrará en vigencia en 2007: artículo 27 "En el caso de los miembros de grupos indígenas se les nombrará intérprete si lo solicitan, aun cuando hablen español."; y artículo 28: Las personas serán también interrogadas en español o mediante la asistencia de un traductor o intérprete, cuando corresponda. El juez o tribunal podrán permitir, expresamente, el interrogatorio directo en otra lengua o forma de comunicación; pero, en tal caso, la traducción o la interpretación precederán a las respuestas."

2. ¿Cuál es la práctica procesal?

La visión pluricultural del acceso a la justicia es todavía una aspiración, de acuerdo con los datos recabados sobre la práctica en los procedimientos penales. El derecho a un traductor o intérprete parece ser implementado más como una necesidad desde la perspectiva de los operadores del sistema de justicia para asegurar el avance del proceso, que como un instrumento para facilitar el ejercicio del derecho del inculpado a comprender y hacerse comprender dentro del proceso, o como expresión de su identidad y contexto cultural diferenciado. La limitada perspectiva sobre el rol del traductor o intérprete en los procedimientos se manifiesta en diversos testimonios de los actores del sistema, tales como los que se reproducen a continuación:

“Utilizan el traductor porque no se le entiende a la persona, ya que en el momento de dirigirse a ellos hablan el dialecto...”¹⁹¹

“Es muy difícil determinar que una persona necesite intérprete, ya que algunas personas por consejo de su abogado ya no hablan el español; es decir, se han enfrentado a casos en que las personas hablan bien español y después manifiestan que no lo hablan, no obstante de que escriben bien.”¹⁹²

“Muchas veces los inculpados declaran y hablan el español pero cuando están frente al juez simplemente no hablan o no manifiestan hablar el español, por lo que se entiende equivocadamente que como ministerios públicos impusimos el español y eso sucede porque han sido asesorados y por conveniencia deciden hacerlo de esta manera.”¹⁹³

“Cuando llega al ministerio público le pregunto ¿Cómo te llamas? ¿Dónde vives? ¿Cómo se llama tu papá? Y si contesta que sí, entonces entiende y sabe hablar el español. Otra pregunta, ¿explícame como fueron los hechos? Y si lo empieza a contar entonces también se cree que habla el español.”¹⁹⁴

Por otra parte, algunos actores tienen una perspectiva más amplia al respecto de la necesidad de la traducción:

¹⁹¹ Entrevistas a jueces y magistrados

¹⁹² Entrevistas a jueces y magistrados

¹⁹³ Entrevistas a agentes del ministerio público del fuero común.

¹⁹⁴ Entrevistas a agentes del ministerio público del fuero común.

“Sucede que en muchas ocasiones que aunque el juez se opone ya que manifiesta que el inculpado sí entiende y habla el español, sin embargo, nosotros percatamos que no hay fluidez en su lenguaje por lo que requiere de traductor siendo muy importante la actitud de exigirlo como defensores.”¹⁹⁵

“A veces por la condición del idioma la persona no se entera del delito y la causa del por qué está detenida.”¹⁹⁶

“El problema de los indígenas es que se le dice una cosa y él entiende otra.”¹⁹⁷

Claramente, la cuestión de la necesidad del traductor o intérprete es mucho más compleja de lo que pareciera a simple vista, sobre todo cuando se considera que el tomar en cuenta la perspectiva indígena en un proceso penal depende de que se haga entender la lógica de un contexto social, cultural, político y jurídico diferente. Si el contar con traductor o intérprete es un derecho del procesado indígena para comprender y hacerse comprender dentro de los procedimientos, ¿por qué tendrían las autoridades que negar la posibilidad de que se exprese en su propia lengua?, ¿por qué no podrían actuar los acusados, dentro del ejercicio de su derecho de defensa, de la manera que más les convenga? En este sentido, es claro que las autoridades consideran que acudir a estos especialistas sólo se justifica cuando el procesado tiene una fuerte carencia del idioma español. De otra manera, es visto como un truco para obstaculizar el proceso.

En este contexto, se omite a menudo la distinción necesaria entre los niveles de comprensión y expresión del idioma.¹⁹⁸ Tampoco se considera que el ámbito judicial cuenta con un lenguaje y conceptos muy particulares, los que, dadas las diferencias culturales, puede exacerbar las dificultades de comprensión y comunicación. De la muestra de 647 casos de indígenas, se encuentra que en el fuero común en sólo tres casos hubo algún tipo de peritaje. Los tres casos van en el sentido de confirmar la calidad de indígena o la pertenencia cultural, y no de determinar el grado de expresión *en* o comprensión *del* español. Se entiende entonces que no es tanto la perspectiva del inculpado sobre su nivel de comprensión, sino la de la autoridad lo que importa para la solicitud de un traductor o intérprete.

Posiblemente esta manera de concebir el derecho al traductor o intérprete es la que nos lleva a observar que a pesar de que 91% de los indígenas encuestados habla-

¹⁹⁵ Entrevistas a defensores públicos del fuero federal

¹⁹⁶ Entrevistas a jueces y magistrados

¹⁹⁷ Entrevistas a agentes del ministerio público del fuero común.

¹⁹⁸ Un defensor del fuero común reflexionó lo siguiente sobre esta cuestión: “A veces tenemos que explicarles en otros términos para que nos puedan entender, por ejemplo ‘págame tanto para que puedas salir’, refiriéndonos al caso de libertado bajo caución, pero luego es contraproducente para nosotros porque creen que el dinero es para nosotros.”

ban un idioma indígena,¹⁹⁹ sólo alrededor del 16%²⁰⁰ de este grupo reportó haber contado con traductor o intérprete en algún momento en el proceso (ver cuadro de P248).²⁰¹ Esta conclusión es grave, ya que ninguno de los encuestados indígenas bilingües dominaba al cien por ciento el español; es más, los que mejor lo hablaban sólo tenían un nivel de comprensión y expresión en un rango medio, de acuerdo con la apreciación de los entrevistadores (ver cuadro de P304 y P305).

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P248 ¿CONTÓ CON TRADUCTOR EN ALGÚN MOMENTO DEL PROCESO?	
	No	84%
	Si	16%
	Total	100%
	Número de casos	586

EVALUACIÓN DEL ENCUESTADOR DE *COMPRENSIÓN Y EXPRESIÓN EN ESPAÑOL*

ENCUESTA A PERSONAS SÓLO INDÍGENAS	P304 EVALÚE COMPRENSIÓN DEL ESPAÑOL DEL ENCUESTADO 1 AL 10					
	Rango de edad en el que aprendió español	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 o más	Monolingües
	Promedio de evaluación	8.93	7.34	7.36	6.6	2.00
	P305 EVALÚE EXPRESIÓN DEL ESPAÑOL DEL ENCUESTADO 1 AL 10 ²⁰²					
	Rango de edad en el que aprendió español	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 o más	Monolingües
	Promedio de evaluación	8.95	7.09	7.23	6.41	2.00

¹⁹⁹ P2: Variable del idioma indígena agregado. Respecto al fuero federal, 90% de los encuestados indígenas sí hablan algún idioma indígena.

²⁰⁰ En el caso del fuero federal sólo 5% de los casos de encuestados indígenas contaron con traductor, de una muestra de 84 casos de indígenas que sí hablan el idioma indígena .

Se advierte, en estas últimas dos tablas, que aunque el encuestado tenga cierto conocimiento del idioma no se puede considerar que su manejo sea suficiente para lo que se exige respecto a su participación en los procedimientos y el juicio. Las tablas inferiores (P254 y P248) reflejan la tendencia de correlación constante en la relación entre la edad en que se aprendió el español y la identificación de dificultades para la comunicación de parte de los encuestados. Mientras más tarde se aprende el español, mayor dificultad se percibe.²⁰³ No es sorprendente entonces, que la mayoría de los encuestados que hablan idioma indígena sintiera la necesidad de contar alguna vez con un traductor o intérprete.

²⁰¹ Además de la información que proveen los encuestados sobre la presencia del traductor se cuenta también con la información registrada en los expedientes de indígenas en el fuero común. De acuerdo con estos expedientes se pidió la presencia de un traductor para 26% de las personas que hablan un idioma indígena y que pasaron por una agencia del ministerio público. En MP: Pregunta E131: "¿Alguien solicitó a MP traductor para el indiciado?" La solicitud de presencia de un traductor para el total de personas que hablaban un idioma indígena fue de 9% durante la instrucción, de acuerdo con la encuesta a expedientes del fuero común.

²⁰² Datos federales

P305 Evalúe expresión del español del encuestado 1 al 10 (evaluación del encuestador)				
Rango de edad en el que aprendió español	De 1 a 5 años	De 6 a 10 años	De 11 a 15 años	De 16 a 94 años
Promedio de evaluación	8.46	6.96	7.45	6.58

²⁰³ En principio, es importante observar que entre más temprano los encuestados aprendieron a hablar español, más entendimiento tienen del mismo. En las dos tablas se muestra la evaluación del nivel de comprensión y expresión del español que realizó el encuestador sobre su encuestado, en relación con el análisis de la edad en que éste aprendió a hablarlo. De la misma manera, el lugar en donde se aprendió el español y la frecuencia con que se hace uso del idioma también afectan el grado de su capacidad de comprensión y expresión.

La apreciación de los encuestadores se realizó en el momento de la entrevista, lo que dista en tiempo del momento de la detención. El hecho de estar encarcelado implica el uso del español. Esta circunstancia se deriva del análisis de las preguntas P241 a 243, donde se reporta que 64.7% de los indígenas en reclusión hablan el español con mayor frecuencia en el reclusorio; para 20% es indistinto utilizar el español o el idioma indígena. El 14.6% restante habla el idioma indígena la mayoría del tiempo dentro del reclusorio. Cuando se cambia de contexto a sus comunidades, este mismo grupo utiliza mayormente el idioma indígena para comunicar y socializar (74%), o con sus amigos (67%).

Los datos en el ámbito federal siguen las mismas tendencias registradas en el fuero común.

ENCUESTA A PERSONAS SÓLO INDÍGENAS	P254 ¿CREE QUE HUBIERA NECESITADO TRADUCTOR? ²⁰⁴					
	Rango de edad en el que aprendió español	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 o más	Monolingües
No		69%	39%	34%	8%	0%
Si		25%	57%	60%	86%	100%

Independientemente de las cuestiones culturales sobre las que la autoridad no puede interpretar ni indagar por carecer del marco necesario para comprender ese contexto diferenciado, se limita a identificar simplemente los obstáculos para la comunicación. El análisis que sigue se hace con el pleno reconocimiento, reiterado por todos los actores del sistema, de la dificultad para encontrar oportunamente traductores o intérpretes calificados. Dentro de este contexto, sin embargo, existen prácticas y perspectivas que limitan todavía más el ejercicio de este derecho y obstaculizan la implementación de soluciones para la carencia de intérpretes.

En esta situación, la decisión respecto de si se proporciona o no traductor o intérprete se entiende como ámbito de decisión de los agentes del ministerio público y jueces, ya que es considerado por los actores del sistema más como una necesidad para lograr “declarar” al inculgado que como un derecho procesal de los indígenas. Mientras con la tabla P248 se corrobora que el mismo sistema de justicia consideró que los que aprendieron el español a los 16 años o más requirieron en mayor proporción un traductor o intérprete, se nota que aun en esta categoría no todos contaron con ese apoyo.

ENCUESTA A PERSONAS SÓLO INDÍGENAS	P248 ¿CONTÓ CON TRADUCTOR EN ALGÚN MOMENTO DEL PROCESO?					
	Rango de edad en el que aprendió español	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 o más	Monolingües
No		96%	90%	87%	67%	17%
Si		4%	10%	12%	27%	83%

²⁰⁴ Datos Federales

P254 ¿Cree que hubiera necesitado traductor?				
Rango de edad en el que aprendió español	De 1 a 5 años	De 6 a 10 años	De 11 a 15 años	De 16 o más
No	47%	14%	40%	14%
Si	27%	86%	45%	81%

Esto nos demuestra la apreciación a que se llegó al analizar las entrevistas a actores del sistema, en el sentido de que si el indígena habla un poco de español la autoridad tiende a considerar que puede comunicarse con suficiencia. Los actores del sistema de justicia estatal justifican su actuación en base a la falta de acceso a personal calificado para la traducción,²⁰⁵ brindándoles un traductor a aquellos inculpados que en definitiva tienen una limitadísima capacidad de comunicación en español. Si bien la escasez de traductores e intérpretes, y sobre todo de personal calificado, es un hecho acerca del que todos los sectores entrevistados concuerdan, tampoco se evidencia de los datos del estudio un esfuerzo estatal por constatar la demanda, ni asegurar los recursos necesarios para llenar esta necesidad.

Si las autoridades son quienes deciden la necesidad de un traductor, ¿qué preguntas hacen a los inculpados para determinarlo? En la siguiente tabla se observa que el examen de las encuestas a los reclusos indígenas del fuero local, en más de la mitad de todos los rangos de edad, el agente del ministerio público no preguntó al inculpadado cuánto hablaba o entendía español. Es más: en una quinta parte de los casos (alrededor de 20%), el agente ni siquiera indagó si el inculpadado hablaba o entendía el español.

P244 ¿EL MP LE PREGUNTÓ CUÁNTO HABLABA Y ENTENDÍA ESPAÑOL?²⁰⁶

Rango de edad en el que aprendió español	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 o más	Monolingües
No	66%	50%	53%	47%	50%
Si	17%	23%	23%	14%	0%
No sé/Nc/No aplica	16%	16%	23%	37%	50%

Casi todos los indígenas que hablan su idioma hablan también el español, por lo que probablemente la respuesta de muchos de los inculpados fue que sí entendían el español, aunque en promedio 65% de todos los rangos de edad dijeron haber necesitado alguna vez a

²⁰⁵ "Es difícil encontrar traductores", "hay muchas variantes de los dialectos por lo que es difícil encontrar traductores", "en épocas de lluvia es difícil encontrar traductores, hay que echar mano de lo que se tenga". Entrevistas a actores del sistema de justicia.

²⁰⁶ Datos federales, casos indígenas

P244 ¿El MP le preguntó cuánto hablaba y entendía español?

Rango de edad en el que aprendió español	De 1 a 5 años	De 6 a 10 años	De 11 a 15 años	De 16 o más
Si	80%	57%	45%	46%
No	7%	22%	45%	50%

un traductor o intérprete. Como se ha señalado, la pregunta que se hace no es la adecuada. Tal conclusión se fortalece si se toma en cuenta que de la encuesta a reclusos se desprende que 91% de los inculcados indígenas encuestados sí hablaban idioma indígena.²⁰⁷ pero este hecho quedó sub-registrado en los expedientes (ver tabla siguiente). Esto a pesar de que los actores del sistema, sobre todo los defensores de oficio, repetidamente expresan la complicación que les representa no contar con traductores o intérpretes, así como los problemas de comunicación que desde su experiencia cotidiana experimentan.

ENCUESTA A EXPEDIENTES	CONSTANCIA DE HABLAR ALGÚN IDIOMA INDÍGENA EN LA DECLARACIÓN O COMPARECENCIA MINISTERIAL.	
	E125: ¿EL INDCIADO MANIFESTÓ HABLAR IDIOMA INDÍGENA DURANTE LA DECLARACIÓN O COMPARECENCIA?	
	No	89%
	Sí	11%
	Total	100%

El análisis de expedientes también revela que en 75% de los casos existe, en formato de tipo machote, la constancia de que el acusado entiende y habla español. Esta forma de registrar el dominio del español no permite reflejar la realidad de que una proporción importante de indígenas, a pesar de ser bilingüe, tiene un manejo limitado del español. Esta realidad refuerza, además, la observación acerca de que el afán de cumplir con los requisitos formales del procedimiento no obvia la obligación de responder a los matices más complejos y difíciles de la realidad acerca de los grados de comprensión y capacidad de expresión en español de los indígenas procesados. Así lo vemos en la siguiente tabla:

E171 LA CONSTANCIA DE QUE EL ACUSADO ENTIENDE Y HABLA ESPAÑOL ESTÁ EN EL EXPEDIENTE EN:	
Machote, formato identificable	75%
De otra forma	13%
No había constancia	10%
No hay información	1%

²⁰⁷ Ver P229 a P243 y P256, que detallan aspectos sobre el grado de dominio del idioma indígena por parte del entrevistado.

En general, como se nota en la tabla inferior, los encuestados creen que es más necesario el traductor en algunas partes del proceso, en primer lugar durante la declaración preparatoria y en segundo lugar en la agencia del ministerio público. Es interesante notar que no se prioriza la necesidad del traductor durante las pláticas con el abogado. Esto corrobora el hecho de que el diseño del proceso no otorga al defensor un rol predominante o determinante. El sistema premia el acceso directo al inculcado y desprecia la idea de que el defensor formule o participe, junto al inculcado, en la implementación de una estrategia de defensa como se refirió anteriormente en el análisis sobre el derecho a la defensa.

ENCUESTA A PERSONAS SÓLO INDÍGENAS	P255 (1) A P255 (4) ¿CREE QUE HUBIERA NECESITADO UN TRADUCTOR?, ¿DÓNDE? ²⁰⁸				
	RANGO DE EDAD EN EL QUE APRENDIÓ ESPAÑOL	DECLARACIÓN EN LA AGENCIA DEL MP	DECLARACIÓN PREPARATORIA	PLÁTICAS CON ABOGADO	OTRO
	De 1 a 5 años	82%	61%	18%	7%
	De 6 a 10 años	42%	61%	6%	5%
	De 11 a 15 años	37%	63%	9%	6%
De 16 años	25%	64%	17%	19%	

Vemos que a pesar de que la mayoría de los indígenas bilingües encuestados en el fuero común (más de 60%) consideró haber necesitado un traductor en la declaración preparatoria, sólo se ordenó traductor para 11%.

²⁰⁸ CASOS FEDERALES.

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS SÓLO INDÍGENAS	P255 (1) a P255 (4): ¿Cree que hubiera necesitado un traductor?, ¿dónde?				
	RANGO DE EDAD EN EL QUE APRENDIÓ ESPAÑOL	DECLARACIÓN EN LA AGENCIA DEL MP	DECLARACIÓN PREPARATORIA	PLÁTICAS CON ABOGADO	OTRO
	De 1 a 5 años	50%	75%	25%	25%
	De 6 a 10 años	32%	63%	6%	22%
	De 11 a 15 años	56%	78%	11%	0%
De 16 años	47%	35%	11%	12%	

ENCUESTA A EXPEDIENTES SÓLO INDÍGENAS	E233 ¿ALGUNA PARTE SOLICITÓ / ORDENÓ TRADUCTOR PARA EL INculpADO DURANTE LA DECLARACIÓN PREPARATORIA?	
	No	89%
	Sí	11%
	Total	100%
	Número de casos	530

Como evidente consecuencia, la mayoría de los inculcados con limitado desempeño en el uso del idioma castellano tuvieron la percepción de haber estado en desventaja durante el proceso, por no poder comprender o hacerse comprender adecuadamente. De hecho, existe una fuerte relación entre sentir desventaja por ser indígena en el procedimiento y el no hablar bien el español. En general, en la medida en que entienden menos el español (los que aprendieron más tarde a hablarlo) perciben mayor grado de desventaja. (Ver tabla siguiente).

ENCUESTA A PERSONAS SÓLO INDÍGENAS	P268 ¿SE SINTIÓ EN DESVENTAJA EN EL PROCESO POR SER INDÍGENA?					
	Rango de edad en el que aprendió español	1 a 5	6 a 10	11 a 15	16 o más	Monolingües
No		54%	28%	28%	11%	0%
Sí		45%	70%	64%	80%	100%
No sabe/No contesta		1%	2%	8%	9%	0%

El idioma en que hablan los indígenas influye para que éstos se sientan en desventaja; así también su nivel de manejo de idiomas influye en la percepción de discriminación. En este sentido, la percepción de discriminación se une a los límites reales para la comunicación y comprensión y resulta en una discriminación de hecho. La limitada posibilidad de acceder a un traductor o intérprete obstaculiza, además, la posibilidad de que participen en pie de igualdad en los procedimientos. Es sumamente importante reconocer que de la deficiencia muy amplia en el manejo del español que se registró, sólo un 11% logró que fuera respondida por autoridades judiciales (ver cuadro E233).

Por otra parte, no obstante se otorgue traductor o intérprete, la mayoría de las veces el inculcado expresa no haberle entendido. Esta percepción corresponde con la experiencia de los actores del sistema, quienes admiten tener que recurrir a familiares

del inculcado o a otros presos para intentar la comunicación. Ellos también reconocen la deficiente calidad de la traducción o interpretación que formal o informalmente se emplea. Las autoridades jurisdiccionales expresaron repetidamente su desconfianza sobre la calidad del trabajo de los que fungían como traductores o intérpretes. Expresaron las siguientes inquietudes al respecto:

“Se pueden aprovechar de los indígenas ya que les cobran por ello.”

“En ocasiones traducen unas cosas y otras no.”

“No hay certeza, ni seguridad.”²⁰⁹

Para abogados de algunas organizaciones de la sociedad civil, cuando se percatan en la declaración ministerial de que el inculcado requiere traducción,

“Ahí es donde nos topamos con pared. No existe una institución que proporcione y agrupe al cuerpo de traductores”.²¹⁰

En estas circunstancias, el control y la confianza que se tienen al traductor o intérprete son mínimos. Como consecuencia, quien habla más el español tiene más posibilidades de vigilar su defensa y de evaluar a su traductor o intérprete. Pero ¿cómo se le garantiza ese control a un monolingüe o a un indígena que habla poco el español? El problema se agrava al ver que sólo a un tercio de los inculcados, en promedio, se les preguntó si entendieron lo que decía el traductor, como refleja la tabla siguiente:

ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	P219 ¿A QUÉ EDAD APRENDIÓ ESPAÑOL?	P257 ¿LE PREGUNTARON SI ENTENDÍA LO QUE SU TRADUCTOR LE DECÍA?	
	De 1 a 5 años	No	
Sí			50%
De 6 a 10 años	No		79%
	Sí		21%
De 11 a 15 años	No		71%
	Sí		29%
De 16 a 94 años	No		65%
	Sí		31%
Monolingüe	No		100%

²⁰⁹ Entrevistas a jueces y magistrados.

²¹⁰ Entrevistas a abogados de organizaciones de la sociedad civil.

Del mismo modo, podemos relacionar el nivel de entendimiento con el traductor o intérprete, con aquel que el inculpado tenía del proceso. Los resultados de las encuestas muestran que 79% entendía poco o nada de lo que pasaba en el ministerio público (ver tabla 1) y que 75% de los encuestados indígenas entendía poco a nada lo que pasaba en las audiencias del juzgado (ver tabla 2).

ENCUESTADOS INDÍGENAS	TABLA 1 P252 ¿QUÉ TANTO ENTENDÍA USTED LO QUE PASABA EN EL MP?		TABLA 2 P68 ¿QUÉ TANTO ENTENDÍA LO QUE PASABA EN LAS AUDIENCIAS DEL JUZGADO?	
	Mucho	19%	Mucho	18%
	Poco	42%	Poco	45%
	Nada	37%	Nada	30%
	No sabe/No contesta	2%	Ns/Nc	7%
	Total	100%	Total	100%

Las estadísticas sobre la no-comprensión de lo que pasaba en las audiencias para indígenas respecto a los no-indígenas son más altas en 10% (ver cuadro inferior). Sin embargo, los datos son desoladores para las dos categorías. Es difícil concebir el ejercicio adecuado de la defensa material, cuando el inculpado no entiende lo que sucede en las audiencias.

COMPARACIÓN INDÍGENAS Y NO-INDÍGENAS	P68 ¿QUÉ TANTO ENTENDÍA LO QUE PASABA EN LAS AUDIENCIAS DEL JUZGADO?		
		INDÍGENAS	NO-INDÍGENAS
	Mucho	14%	31%
	Poco	48%	34%
	Nada	31%	27%
No sabe/No contesta	7%	8%	

Es razonable anticipar que el traductor incide en la calidad de la defensa que recibe el inculpado; así, entre más entendimiento se tenga sobre el proceso mejor defensa se recibe. Si los encuestados no pudieron decir durante el proceso todo lo que desearon debido a que las autoridades no los entendían o porque su falta de entendimiento en las audiencias obstaculizaba su capacidad de confrontar los cargos, o si cuando se les

brindó traductor o intérprete no entendieron lo que éste decía, es evidente que lo anterior contribuyó a disminuir su capacidad de defensa. Es más, en la medida en que el indígena no pudo hacer entender el contexto diferenciado en que se desarrollaron los hechos, se negó también el derecho a una defensa adecuada. En este sentido, el no proporcionar traductor o intérprete es una violación a la garantía del debido proceso y es probable que resulte también en la negación del derecho a un juicio justo.

3. Derecho a la seguridad e integridad personal y a la libertad

3.1 ¿Cómo se relacionan estos derechos?

Estos tres derechos se examinan en su conjunto debido a la estrecha relación que guardan entre sí respecto a la operación de los procedimientos penales. Los derechos a la libertad y la seguridad e integridad personal se encuentran vulnerados frente a hechos que atentan contra la integridad física, psíquica y moral de las personas, como lo son la tortura, los malos tratos y el uso excesivo de la fuerza. Estas violaciones ocurren principalmente respecto a personas privadas de su libertad, bien en forma legal o arbitraria.

A manera de contexto, es importante señalar que la preocupación general con la prevención de la tortura, los malos tratos y otras violaciones a la integridad y seguridad física de las personas se refleja en el diálogo que mantiene el gobierno de México a nivel interno e internacional con instancias de promoción y protección de derechos humanos. Durante 2003, el Comité contra la Tortura de Naciones Unidas declaró que la tortura continúa siendo una práctica frecuente en México. Refiere que a pesar de “las medidas legales y administrativas que ha adoptado el Gobierno para erradicarla...la tortura ha continuado practicándose sistemáticamente en México,”²¹¹ aun cuando la incidencia de actos de tortura haya ido en disminución en números absolutos.²¹²

De acuerdo con dicho Comité, los principales factores que indican cuándo se encuentra frente a una práctica sistemática de la tortura, son:

“...cuando parece que los casos de tortura notificados no son fortuitos ni se han producido en un solo lugar o en un momento concreto, y se observan en ellos elementos de hábito, generalidad y finalidad determinada...a [L]a tortura puede revestir un carácter sistemático sin que eso se deba a la intención directa de un gobierno. Puede

²¹¹ Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo segundo período de sesiones. Suplemento N° 44 (A/52/44), párr. 162.

²¹² Comité contra la Tortura, 30° período de sesiones. Ginebra, 28 de abril a 16 de mayo de 2003. Informe sobre México preparado por el Comité en el marco del artículo 20 de la Convención, y respuesta del Gobierno de México, Párrafo 137.

ser consecuencia de factores que al Gobierno le puede resultar difícil controlar... Una legislación insuficiente que en la práctica permite la posibilidad de recurrir a la tortura también puede contribuir al carácter sistemático..."²¹³

Respecto al diálogo nacional, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha emitido la Recomendación General N° 10 Sobre la Práctica de Tortura en México, en donde señala que "[E]l mayor número de casos de tortura se presenta durante la detención y mientras la persona se halla bajo la custodia de la autoridad que la realizó..."²¹⁴ Por otra parte, desde varios sectores se ha criticado el hecho de que en México exista una legislación procesal penal que incentiva la extracción de confesiones por la fuerza debido al otorgamiento de un valor probatorio preferencial a la declaración del inculcado realizada durante la etapa administrativa de la investigación ante el agente del ministerio público, ya que ésta se realiza sin control jurisdiccional sobre las circunstancias bajo las que se produce la declaración y sin sanción procesal relevante en el caso de que se violan derechos fundamentales. No obstante que exista el delito de tortura y éste sea sancionado de conformidad con las leyes penales, la condena por tortura no debería ser la única circunstancia en que la declaración inculcatoria de un inculcado torturado deje de tener valor probatorio. Lo anterior en virtud de que la sanción por el delito de tortura llegaría tarde al proceso de quien fue sometido a estos actos.

El garantizar la presencia del defensor o persona de confianza en la declaración tampoco otorga protección suficiente, sobre todo cuando se considera que los reportes señalan a la policía ministerial y no al agente del ministerio público, como el mayor responsable de las agresiones reportadas. Todo ello conduce a que la legislación no sólo desprotege al inculcado durante el período de mayor vulnerabilidad en el procedimiento, sino que incentiva en especial la producción de confesiones en esta etapa previa a la judicialización del proceso, y en todo caso durante o inmediatamente después de estos mismos momentos de desprotección, mediante la aplicación del principio de inmediatez procesal y la atribución de fe pública a las actuaciones del ministerio públi-

²¹³ Informes del Comité contra la Tortura de las Naciones Unidas A/48/44/Add.1, párr. 39 (1993) y A/56/44, párr. 163 (2001).

²¹⁴ CNDH Recomendación General 10, del 17 de noviembre de 2005. Ver en este mismo sentido la Observación General N° 21 del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas: "El trato humano de las personas privadas de su libertad impone a los Estados Partes una obligación positiva en favor de las personas especialmente vulnerables por su condición de personas privadas de libertad y complementa la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 10 - *Trato humano de las personas privadas de libertad*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 176 (1992); y el caso *Tibi vs. Ecuador* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Una persona ilegalmente detenida se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad." Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Tibi vs. Ecuador*. Sentencia del 07 de septiembre de 2004, párrafo 147.

VALORACIÓN DE LA CONFESIÓN EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL MEXICANO

La siguiente jurisprudencia contiene la regla general para la valoración de la confesión:

CONFESIÓN. SU VALOR PROBATORIO (LEGISLACIÓN PENAL FEDERAL). Conforme a la técnica que rige la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, *la confesión del imputado* como reconocimiento de su propia culpabilidad deriva de hechos propios, *tiene el valor de un indicio y alcanza el rango de prueba plena cuando no está desvirtuada ni es inverosímil y si corroborada por otros elementos de convicción.* *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, t. 82, Octubre de 1994, tesis VI 10. J/100, p. 47.*

Los tesis que siguen refieren a la valoración de la confesión con referencia al principio de inmediatez:

CONFESIÓN, VALOR DE LA: *Debe prevalecer la confesión rendida por el reo en su primera declaración ante el representante social sobre la posterior manifestación hecha en la ampliación de la declaración preparatoria*, en virtud de que ésta se presume obedece solamente a un reflejo defensivo del quejoso, por ser contraria a las anteriores declaraciones y no estar apoyada por ningún otro dato, mientras que su primera declaración efectuada sin tiempo suficiente de aleccionamiento merece mayor crédito, máxime si se encuentra corroborada por otros medios probatorios existentes en el proceso. *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, t. XIV, julio de 1994. Tesis aislada penal.*

CONFESIÓN. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO. De acuerdo con el principio de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores." *Séptima Época, Sala Auxiliar, Semanario Judicial de la Federación, t. 205-216 Séptima parte, página: 333. Tesis aislada.*

Y en la siguiente jurisprudencia se refuerza la aplicación del principio de inmediatez procesal respecto a la valoración de la confesión rendida en el ministerio público.

RETRACTACIÓN INEFICIENTE. En presencia de la retractación judicial del inculpado respecto de lo confesado ante el ministerio público, el juzgador no puede pronunciar un fallo absolutorio con apoyo en tal retractación, pues en ese caso debe prevalecer el principio procesal de que el juzgador debe estar a

la primera de las manifestaciones del inculpado, por encontrarse próxima a la realización del evento y tener mayor probabilidad de que sea cierta, sincera y verdadera y no a la posterior, en la que, alterando los hechos, modifica su relato para exculparse o atenuar su responsabilidad penal. *Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. IV, octubre de 1996, tesis V.20. J/25 pág. 454.*

Sin embargo, cuando se trata de una declaración inicial no incriminatoria y una confesión posterior, ya no se aplica el principio de inmediatez procesal, como refiere la siguiente tesis:

INMEDIACIÓN, PRINCIPIO DE CUANDO NO DEBE ESTARSE AL. La confesión judicial del procesado, al ser espontánea y verosímil, no contradicha con ningún otro medio probatorio, adquiere valor preponderante aun cuando en su versión inicial se haya exculpado de participar en los hechos incriminados, porque la segunda de sus emisiones, relacionada con las demás pruebas, es apta para fundar su condena, por lo cual, en ese caso, no es dable aplicar el principio de inmediación procesal, para conceder eficacia probatoria a lo expuesto en primer término. *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, t. XV-II, febrero de 1995, tesis II.10 C.T.176 P, pág. 372, tesis aislada.*

De esta serie de decisiones de los tribunales federales en materia de valoración de la confesión, se desprende que el principio de inmediatez procesal que obliga a favorecer el valor probatorio de declaraciones realizadas en la averiguación previa (es decir, la declaración del inculpado y otros testimonios), difícilmente admite la retractación de la confesión, sin importar cuando ésta se dé, ya que la retractación, así como la valoración negativa de la confesión, requieren de pruebas que desmienten la misma. Es decir, el imputado debe mostrar que la acusación es infundada o falsa para que la retractación sea efectiva. Esta regla se mantiene, como se nota de las tesis y jurisprudencias federales que siguen, aun cuando se demuestra que el inculpado ha sido sujetado a violencia durante los procedimientos de los que originaron la confesión. Es decir, no es suficiente para superar este principio de valoración de la confesión producto de la averiguación previa, la presencia de la violencia. El afectado debe comprobar la falsedad del fondo de la confesión para que pueda retractarse. El impacto de esta regla puede ser apreciado en el Informe 2/99 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que menciona factores que contribuyen en México a la producción de confesiones mediante tortura. Ver párrafos 76-77, 80-82 y 84.

<http://www.cidh.org/annualrep/98eng/Merits/Mexico%2011509.htm>

NULIDAD O EXCLUSIÓN DE LA CONFESIÓN EN EL MARCO JURÍDICO NACIONAL MEXICANO

La legislación nacional contempla la nulidad de la confesión. Artículos. 207, 287 CPP federal y art. 6 CPP Oaxaca, cuando faltan las formalidades exigidas por ley. En este mismo sentido, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo 9 dice que, “No tendrá valor probatorio alguno la confesión rendida ante una autoridad policiaca; ni la rendida ante el Ministerio Público o autoridad judicial, sin la presencia del defensor o persona de confianza del inculpado y, en su caso, del traductor.” Este artículo repite la protección formal incorporada con la reforma constitucional de 1993, art. 20 A, fracción II.

Respecto a las declaraciones obtenidas mediante tortura, las leyes federales y estatales para prevenir y sancionarla prevén la exclusión de este tipo de prueba. La ley federal en su artículo 8 obliga a que: “Ninguna confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba.” En la ley del estado de Oaxaca, el artículo 6 regula esta prohibición en forma similar, al declarar que, “[L]as declaraciones obtenidas mediante tortura carecerán de valor probatorio.”

Cuando se trata de la cuestión de la voluntariedad de una declaración que implica al declarante en la comisión del delito, los jueces enfocan su análisis sobre si la declaración refleja o no “la verdad”. De esta manera, se limitan a examinar si estas declaraciones inculpativas pueden o no ser convalidadas con otra prueba presentada o si la declaración en sí es coherente. Este análisis de la declaración inculpativa rendida extrajudicialmente se realiza a la luz del conjunto de las pruebas y se evalúa respecto a su contenido, no necesariamente respecto a las circunstancias de su rendición. Así es que, independientemente de que hubiera golpes de por medio, la declaración inculpativa será válida cuando otros elementos de prueba la hacen verosímil o no la contradicen. CONFESION COACCIONADA CORROBORADA POR OTROS DATOS ...si una confesión es obtenida mediante golpes y ésta se encuentra corroborada con otros datos que la hacen verosímil, no por la actitud de los elementos de la policía, se deberá poner en libertad a un responsable que confesó plenamente su intervención en determinado delito quedando a salvo desde luego el derecho del sujeto para denunciar ante la autoridad competente la actitud inconstitucional de los agentes de la autoridad que lo hayan golpeado. *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* t. 85, enero de 1995, tesis VI.2º. J/346.; CONFESIÓN COACCIONADA, DEBE DÁRSELE VALIDEZ CUANDO SE ENCUENTRA CORROBORADA CON OTROS DATOS *Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, julio de 1994, página 512. Tesis aislada.

A la luz de estas resoluciones judiciales, que parecen contradictorias intrínsecamente ya que la definición de una confesión es que sea voluntaria, desaparece la posibilidad de una sanción procesal para el caso de una confesión coaccionada, a menos que el inculpado pruebe por otros medios que la declaración en el fondo es falsa —es decir, a menos que compruebe su inocencia—. Como consecuencia, el sistema procesal penal mexicano parece estar dispuesto a basar sus resoluciones en pruebas que se hayan obtenido en violación de los derechos a la integridad y seguridad física de la persona.

Por otra parte, la prohibición de invocar como prueba declaraciones obtenidas mediante tortura, parece depender, en la práctica, de la existencia de una condena penal individualizada y definitiva contra el responsable de la tortura. En base a esa condena el inculpado, acusado o sentenciado puede solicitar el recurso de inocencia o la reposición del proceso. Dado los plazos de los procesos penales, es de esperarse que la condena por tortura, si es que se logra, ocurrirá después de terminado el juicio del inculpado afectado, y resultaría en un daño irreparable a su derecho a la libertad e integridad personal. Para hacer efectivo este derecho debe considerarse la creación de un mecanismo procesal que permita examinar y determinar en forma detallada las circunstancias bajo las cuales se rindió la declaración extrajudicial, aun cuando se haya cumplido con las formalidades escritas.

La carga de la prueba debe recaer en el ministerio público que busca introducir esta prueba en juicio, para mostrar que la declaración fue rendida voluntariamente y sin coacción de ningún tipo. Constitución, artículo 20 A II. Esta resolución debe sostenerse no sólo en la prueba que ofrece el ministerio público, sino también en la prueba que ofrezca la defensa, ya que de no ser así se le estaría negando al imputado su derecho de confrontar, en pie de igualdad y frente a un juez competente e imparcial, la prueba en su contra. Todo ello con el fin de hacer efectivas las garantías de no ser obligado a declarar, a la adecuada defensa en juicio y las medidas legislativas dirigidas a prevenir y sancionar la tortura. De esta manera se podrán implementar las garantías contenidas en los tratados internacionales que suscribe México en cuanto a la prohibición de emplear como prueba la confesión obtenida mediante tortura (Convención Contra la Tortura, artículo 15), o la declaración libre de coacción, (Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8.2).

Es más, de acuerdo con el artículo 16 de las Directrices sobre la Función de los Fiscales de las Naciones Unidas, “Cuando los fiscales tengan en su poder pruebas contra sospechosos y sepan o tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes u otros abusos de los derechos humanos, se negarán a utilizar esas pruebas contra cualquier persona, salvo contra quienes hayan empleado esos métodos, o lo informarán a los tribunales, y adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar que los responsables de la utilización de dichos métodos comparezcan ante la justicia.” Por lo tanto, el ministerio público estaría obligado a inhibirse de presentar aquellas pruebas cuando “sepa o tenga sospechas fundadas” de que son el producto de hechos que “constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso.” Entre los comportamientos que se señalan que constituirían una violación grave a los derechos humano, está no sólo la tortura, sino también los malos tratos o los tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes. *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

co. Todo ello, además de incentivar la producción de confesiones, coarta la posibilidad del inculpado de enfrentar en pie de igualdad al acusador.

Dada la estrecha relación que existe entre la protección de la seguridad e integridad física de las personas y las protecciones contra la privación arbitraria de la libertad, se incluyó en la ficha de entrevista a reclusos preguntas dirigidas a que describieran y calificaran el trato de distintas autoridades durante su periodo de detención y reclusión. Se les preguntó directamente si habían sido amenazados o humillados, o golpeados o lastimados físicamente por varios actores, incluyendo los policías judiciales, municipales, sus custodios o celadores, los agentes del ministerio público, los defensores, jueces, secretarios de acuerdo u otros actores del sistema de justicia penal. Sin embargo, sucedió que los reclusos entrevistados proporcionaron en forma espontánea la mayor información al respecto cuando contestaron una de las primeras preguntas de la encuesta y antes de preguntarles directamente sobre posibles maltratos. En esta quinta pregunta de la encuesta a reclusos se les invitaba a relatar cómo había sido su detención y qué había ocurrido desde ese momento hasta su remisión ante el juzgado.

3.2 ¿Cuál es la práctica?

Se encontró una diferencia significativa en la incidencia de comportamientos posiblemente violatorios de estos derechos entre indígenas (21%) y no-indígenas (15%). La reiterada referencia a actos que encuadraban en la definición de la tortura o malos tratos obligó el análisis profundo de los relatos. De las respuestas de los reclusos a la pregunta sobre la experiencia durante la detención, se concluyó que en 201 casos (20%) se describen hechos cuyo detalle y contexto es consistente con la posible comisión de actos de tortura como violación a los derechos humanos, de acuerdo con los tratados internacionales en la materia de que México es parte.

Se documentaron además, 91 casos donde aparecen descripciones de hechos compatibles con un cuadro de posibles malos tratos, 21 de un posible uso excesivo de la fuerza y 17 casos adicionales donde se combinan cuadros de malos tratos y el uso excesivo de la fuerza. Existe un criterio de racionalidad en el reporte de incidentes de posible tortura y malos tratos, al considerar que de los 1030 entrevistados, en 700 casos (68%) no se detalló algún tipo de maltrato. Con ello se desmiente la creencia, a menudo repetida, que la gran mayoría de las personas presas alega tortura para sacar algún beneficio procesal. Al profundizar el análisis más adelante, se reconfirma esta conclusión.

Como tendencia general, se demuestra una disminución significativa sobre tiempo respecto de los reportes de posible tortura, al comparar la incidencia antes y después de 2000, lo que representa una tendencia a disminuir los niveles de violencia

empleada. Dentro de este contexto general, los datos, sin embargo, afirman que existe una práctica recurrente del empleo de la violencia contra personas privadas de su libertad. Es importante reflexionar sobre estas tendencias, ya que los datos indican una incidencia de posible tortura lo suficientemente frecuente como para concluir, además, que sigue constituyendo un patrón de actuación dentro del sistema de justicia penal (ver cuadro inferior).

DIFERENCIAS EN ABUSOS REPORTADOS POR ENCUESTADOS POR PERÍODO EN EL CUAL FUERON DETENIDOS.		
TIPO DE ABUSO	ANTES DE 2000	DE 2000 EN ADELANTE
Sin calificación tortura	57%	72%
Tortura	32%	15%
Malos tratos	8%	9%
Malos tratos y uso excesivo de la fuerza	2%	2%
Uso excesivo de la fuerza	1%	3%
Total	100%	100%

A continuación se expone en forma detallada el proceso de análisis metodológico realizado para la clasificación de los hechos relatados.

¿QUÉ ES EL 'USO EXCESIVO DE LA FUERZA'?

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en su *Recomendación General 12*, del 26 de enero de 2006, define el uso excesivo de la fuerza por referencia a la normativa contenido en los *Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley*, del Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, septiembre de 1990. En esencia, el uso legítimo de la fuerza se vuelve ilegítimo ante su empleo en forma excesiva o desproporcionada. Por ello, el uso excesivo de la fuerza presume una base legítima inicial para el empleo de la fuerza. Respecto a la proporcionalidad, el *Código de Conducta para Funcionarios Encargados de hacer Cumplir la Ley* señala que, "los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas." Artículo 3. *Adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169, del 17 de diciembre de 1979.* La ponderación de bienes en el ámbito de los derechos humanos contempla una jerarquía en donde los derechos relacionados con la protección de la

vida y la seguridad e integridad personal están por encima de derechos relacionados, por ejemplo, con la propiedad. Como consecuencia, para justificar el uso de la fuerza y así afectar la integridad física de la persona éste debe responder a una amenaza inmediata y real a un bien de igual o mayor jerarquía. Respecto a la detención, la utilización de la fuerza debe ser proporcional a la resistencia ofrecida y en ningún caso debe extenderse más allá de lo estrictamente necesario para someter a la persona en función del fin legítimo de efectuar la detención. De esta manera, los Principios referidos restringen el uso de los armas de fuego sólo cuando "otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto," y se trata de "la defensa propia, defensa de la vida o integridad de otra persona o personas, la prevención de ciertos delitos graves, la prevención de la fuga de una persona peligrosa y la represión de manifestaciones violentas." Precisan estos Principios que "en cualquier caso sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida."

3.3 Análisis metodológico: clasificación de casos de tortura y malos tratos²¹⁵

La pregunta básica de la cual se partió para este estudio es la siguiente:

“¿Me puede contar brevemente cómo lo detuvieron y qué pasó hasta que empezó su proceso en el juzgado?”²¹⁶

A esta pregunta siguió una introducción en donde el/la entrevistador(a) advirtió que el fin de la entrevista era la recopilación de la experiencia del entrevistado para apoyar al mejoramiento del sistema de justicia y no la revisión de su caso.²¹⁷ En ningún momento se relacionó la entrevista con un beneficio personal inmediato. Asimismo, como se observa de la pregunta realizada, el/la entrevistador(a) no especificó si la persona consideraba que fue o no torturada, sino simplemente solicitó información sobre su experiencia en el período referido y en forma totalmente abierta.

Respecto a la calificación de los hechos, se presumió la verdad de lo relatado por las personas entrevistadas, en base a los siguientes criterios:

a) Que el nivel de detalle de las descripciones y la precisión del relato permitiera una sistematización y clasificación clara, de manera que se pudieran descartar los casos en los que no existía información o detalles suficientes.²¹⁸ Se descartaron los

²¹⁵ Los datos citados en esta sección que comparan las respuestas de los reclusos con los datos encontrados en su expediente se refieren solamente al fuero común, ya que se cuenta con sólo 7 de los 33 expedientes federales en la categoría de personas posiblemente torturadas. Sin embargo, respecto a los datos que refieren únicamente a la percepción de los reclusos, se combinan los datos de entrevistas a reclusos federales y del fuero común.

²¹⁶ Pregunta P-5, Encuesta a reclusos.

²¹⁷ “Venimos de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Estamos haciendo un estudio sobre la justicia en México. Nos gustaría que usted nos contestara unas preguntas sobre el proceso que está viviendo, cuál es su opinión sobre su juicio y cómo son sus abogados. “La información que usted nos dé, en caso de que decida colaborar con nosotros, es confidencial. La conversación que tengamos es similar a la que tiene con su abogado en el sentido de que no tiene que reportarla a las autoridades. El director del reclusorio, los custodios y los jueces, saben que no le podemos dar información sobre su caso que le pudiera perjudicar. “Esperamos que la información que nos dé pueda ayudar a personas privadas de su libertad. Lo más importante de este estudio es contar con información que nos permita mejorar el sistema de justicia para las personas que son procesadas. En algunos casos, y dependiendo de las circunstancias particulares del caso, estaremos en la posibilidad de referir su caso a otras instancias. Esta posibilidad será evaluada por otras personas de la oficina con la información que usted nos ofrezca hoy. ¿Le gustaría responder a nuestras preguntas?” Encuesta a reclusos.

²¹⁸ El propio Protocolo de Estambul: *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, establece que se debe obtener de la persona que alega haber sido torturada, “una descripción de los detalles...incluidos los métodos utilizados...Es importante conseguir una información precisa...”. El Protocolo de Estambul representa el esfuerzo de varios años en que participaron expertos de diferentes países, en conjunto con la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, para producir un manual que guiara la documentación de prácticas que han demostrado ser utilizadas reiteradamente en el mundo para torturar o maltratar.

casos, por ejemplo, en donde la referencia era la sola calificativa, “me golpearon” o “me torturaron”.

- b) Se diferenció entre los casos calificados como posible tortura bajo la más restrictiva definición de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura —que se caracteriza por el hecho de infligir dolores o sufrimientos físicos o mentales graves con una finalidad específica relacionada con esa acción— y los casos que caen bajo la definición de la Convención Interamericana contra la Tortura, que requiere que se inflijan “penas o sufrimientos físicos o mentales” pero no necesariamente “graves”, y que omite el requisito de un fin específico cuando se inflijan intencionalmente esa pena o sufrimiento.²¹⁹
- c) Se hicieron inferencias razonables, claras y directas de los hechos relatados, tomando en cuenta los elementos de contexto para determinar si existió una finalidad específica y para aproximar la gravedad de los dolores o sufrimientos infligidos o la existencia de una pena o sufrimiento.
- d) Asimismo, se complementó el análisis de la pregunta P5 con la revisión de otras respuestas, a fin de obtener mayor información que permitiera hacer la clasificación lo más certera posible en aquellos casos en donde hubiera alguna duda sobre la clasificación.

²¹⁹ De los 201 casos calificados como posible tortura, 11 lo fueron en base a la definición bajo la Convención Interamericana Contra la Tortura.

PREGUNTAS QUE OFRECIERON INFORMACIÓN COMPLEMENTARIA PARA LA CLASIFICACIÓN DE LA POSIBLE TORTURA O MALOS TRATOS

Preguntas en la Encuesta a reclusos:

Respecto al trato de policías, defensores, ministerios públicos, jueces, secretarios de acuerdo, etcétera.

P89: “Y alguien lo ha amenazado o humillado? ¿Cómo fue?”

P106: “¿Y alguien ha amenazado o humillado a sus familiares? ¿Cómo fue?”

P123: “¿Y alguien lo ha golpeado o lastimado físicamente? ¿Cómo fue?”

E64: “¿La averiguación previa se inició con detenido?”

Preguntas en la Encuesta a expedientes:

Respecto a la detención extrajudicial:

E71: “¿Existe reporte médico al momento de la puesta a disposición del MP?”

E74: “Estado del reporte médico al momento de la puesta a disposición”.

E75: “¿Las lesiones pudieron haber derivado del incidente que da origen a la denuncia?”

Respecto a la declaración/comparecencia en la averiguación previa (AP):

E94: “Refirió en la declaración/comparecencia ministerial que fue golpeado por algún funcionario?”

E98: “¿Existe certificado médico después de la declaración ministerial?”

E101: “En la AP ¿Hubo certificado médico antes de la declaración o comparecencia?”

E102: “Hay diferencias entre certificados médicos de antes y después de la declaración ministerial?”

Respecto a la declaración preparatoria:

E183: “¿El inculpado mencionó haber sido víctima de maltratos relacionados con el contenido de la declaración ministerial?” E184: “¿Que tipo de maltratos?”

E188: “¿Cuál fue la reacción del juez respecto a los maltratos?”

La información recabada respecto a los certificados médicos como fuente de corroboración es inconclusa, ya que a pesar de contar con algún certificado médico en 91% de los casos de posible tortura, sólo en dos casos el juez mandó a certificar lesiones; en ningún caso hubo certificado de examen psicológico, y no se practicaron otros actos de investigación sobre los hechos denunciados en la declaración preparatoria, salvo posiblemente un caso que fue referido al ministerio público para la apertura de la averiguación previa.

- e) Asimismo se compararon las conductas descritas con las mencionadas en el Protocolo de Estambul, "Manual para la investigación y documentación efectiva de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".
- f) Del estudio de todos los casos analizados, se concluyó cuáles presuntamente podrían constituir tortura, malos tratos o uso excesivo de la fuerza como violación a derechos humanos.
- g) Se creó una clasificación de uso excesivo de la fuerza y malos tratos en donde estos dos patrones coincidían en el mismo caso.
- h) La interpretación de los datos y su clasificación se hizo desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, con independencia de la posible responsabilidad penal que pudiera implicar la comisión de estos actos en dado caso que se llegara a comprobar mediante una investigación en el marco del derecho penal.

Aunque este ejercicio no pretende lograr una medición de la incidencia de la tortura, las referencias señaladas dan una visión lo suficientemente precisa amplia y a la vez detallada para entender las tendencias prácticas respecto a la vulneración de los derechos a la integridad, seguridad y libertad personales durante las etapas preliminares o administrativas del proceso penal.

Es importante rescatar que las descripciones relatadas por las personas presas incluyen referencias a comportamientos que se encuentran descritos en el mismo Protocolo de Estambul como prácticas utilizadas reiteradamente para la tortura. Al hablar de las secuelas de la tortura, el Protocolo señala que "la distinción entre métodos de tortura físicos y psicológicos es artificial. Por ejemplo, la tortura sexual casi siempre causa síntomas físicos y también psicológicos, incluso cuando no se ha producido una agresión física."²²⁰ Por otra parte, el Protocolo señala que "[E]l método de hacer listas puede ser contraproducente, ya que el cuadro clínico total resultante de la tortura contiene mucho más que la simple suma de las lesiones producidas por los métodos enumerados en una lista." Finalmente, para la evaluación de los antecedentes o contexto, el Protocolo reconoce que en relación con los sobrevivientes de la tortura existen ciertos obstáculos para poder detallar concretamente lo que les sucedió. Por ello, recomienda tomar en cuenta posibles efectos del trauma físico o psicológico, como la pérdida de memoria a raíz de daños físicos o el miedo, así como la diferencia cultural en la evaluación de los hechos relatados.²²¹

²²⁰ *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, presentado a la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos el 9 de agosto de 1999, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Ginebra, Serie de Capacitación Profesional N° 8, Nueva York y Ginebra, 2001, párrafo 144.

²²¹ Protocolo de Estambul, paras. 141-143.

Para fines de este análisis, se encontraron similitudes entre los métodos de tortura descritos en esta guía con aceptación internacional, y las referencias a torturas físicas y mentales contenidas en los relatos de los presos entrevistados, como se relaciona a continuación:

"me llevaron a un lugar apartado donde me golpearon"

"...exposición a situaciones ambiguas o mensajes contradictorios" en el sentido de detener a la persona en forma oficial, pero llevarla a un lugar que no es designado oficialmente para la detención; y aplicación de traumatismos mediante golpes. Par. 144(r) y (a).²²²

"me dieron cachetadas en ambos oídos"

"Una forma frecuente de tortura en América Latina se conoce como el "teléfono"; consiste en un fuerte golpe con la palma de la mano sobre una o ambas orejas, lo que aumenta rápidamente la presión del canal auditivo y rompe el tambor." Par. 178.

"me encueraron"

"La tortura sexual empieza por la desnudez forzada, que en muchos países es un factor constante de toda situación de tortura. Nunca se es tan vulnerable como cuando uno se encuentra desnudo y desvalido." Par. 214

"me sentaron en una silla de metal, me echaron agua y me dieron toques eléctricos, me quemaron con cigarrillos"

"Quemaduras con cigarrillos, ...choques eléctricos.." Par. 144(c) y (d).

"me golpearon y me echaron gas"

"Exposiciones químicas a la sal, pimienta picante, gasolina, etcétera" Par. 144(h))

"me amenazaron con matarme si no firmaba un papel en blanco",

"Amenazas de muerte, daños a la familia, nuevas torturas, prisión,..". Par. 144(k)

"con gatos de un carro con tablas, juntaban mis manos hacia atrás y me las subían hacia la espalda"

"Tortura por posición, como suspensión, estiramiento de los miembros, limitación prolongada de movimiento, posturas forzadas... Privación de la normal estimulación sensorial... actividades motrices..." Par. 144(b) y (n).

²²² Todas las referencias son al Protocolo de Estambul.

"me llevaron cerca de la presa y metieron mi cabeza en un tanque de agua"
"Asfixia con métodos húmedos y secos, ahogamiento...." Par. 144(e).

"me echaron tehuacán en la nariz, me golpearon y también a mi bebé, me lo quitaron de los brazos y decían que lo habían ido a tirar a un puente y que lo habían abandonado"

"Exposiciones químicas a la sal, pimienta, picante, etcétera, ...amenazas de daños a la familia..." Par. 144(h) y (k).

Una característica de los casos de posible tortura es que la persona sea llevada a algún lugar aislado para practicar actos que causan dolor físico o mental, que sea esposada, desnudada o que le venden los ojos o aten las manos para incrementar su condición de vulnerabilidad. Es decir, además de estar detenida se la incapacita físicamente o la alejan de un lugar donde podría haber alguna supervisión, y allí se le agrede física o moralmente. En otros casos se trata de actos extremos que de su descripción queda claro que causarían dolor o sufrimiento físico o mental sustancial.

Se consideraron, en todos los casos, circunstancias de contexto en el análisis. Por ejemplo, se registraron varios casos en donde la persona relata haber tenido los ojos vendados durante el traslado del lugar de detención o en donde se la trasladaba boca abajo con un pie del policía sujetándole el cuello o la espalda dentro del vehículo. Sin embargo, no en todos los casos se calificó este acto como de posible tortura, ya que si bien estas prácticas de por sí son constitutivas de malos tratos o tratos crueles, degradantes e inhumanos,²²³ no siempre sucedieron en circunstancias que las harían calificar como tortura. Sin embargo, son prácticas policíacas carentes de cualquier justificación.²²⁴ Es conocido por todo policía profesional que existen técnicas policiales para realizar el traslado de los presos en forma segura y humana, ejerciendo la fuerza de manera proporcional y con respeto a la dignidad humana.

Es interesante notar que al analizar la correlación entre estos relatos proporcionados en las entrevistas a reclusos y el expediente judicial del respectivo recluso, se encuentra que en sólo en 18% de los casos calificados de posible tortura por este diag-

²²³ El Protocolo de Estambul se refiere repetidamente al hecho de vendar los ojos como una práctica a considerarse para la documentación de la tortura y los malos tratos. Correspondería al tipo de comportamiento que se relaciona con causar desorientación o mayor vulnerabilidad de la persona cuando se practica en conjunción con otro tipo de agresión física o moral.

²²⁴ Del análisis de manuales, tanto de la Comisión Nacional de Derechos Humanos como de la PGR sobre el alcance de la actuación policial, se concluye que estos comportamientos no son permitidos institucionalmente y bajo ninguna circunstancia serían admisibles estas prácticas. Ver, Guía del Policía, CNDH y la Asociación Mexicana para las Naciones Unidas (1992) y *La detención: derechos humanos en la práctica policial*, 2ª Edición, Procuraduría General de la República (2004). Quedaría revisar los programas de estudio que los estados y la federación utilizan para la capacitación policial, para verificar que quede clara la prohibición al respecto.

nóstico existe en el registro de la declaración preparatoria una referencia a los hechos relevantes. De este 18% de casos en donde sí existía alguna mención de los hechos constitutivos de posible tortura en la declaración del recluso ante el juez, sólo en la mitad de ellos (56%) aparece en el expediente alguna mención adicional por parte del juez²²⁵ respecto a lo relatado por el preso.²²⁶ (ver cuadro siguiente).

PROPORCIÓN DE EXPEDIENTES QUE REGISTRAN MALTRATOS EN LA DECLARACIÓN PREPARATORIA (ANTE EL JUEZ) POR TIPO DE POBLACIÓN (E183 Y E186)		
	POSIBLES TORTURADOS	NO TORTURADOS
No registran datos	51%	61%
Registran datos relevantes	18%	6%

Como se observa en el siguiente cuadro, el porcentaje de *indígenas* posiblemente torturados que se quejaron fue de 16%, mientras que los no-indígenas lo hicieron en 28%. De esta manera se ve que la incidencia de queja es significativamente menor por parte de los indígenas respecto a los no-indígenas y muy probablemente se relaciona con la poca calidad de la comunicación entre el inculpado y su defensor, así como con el tribunal. Podría relacionarse también con el grado de confianza que tiene el recluso respecto a si va a ser o no escuchado dentro del proceso. El indígena podría, por la discriminación, percibir que posee un grado menor de exigibilidad hacia el sistema de justicia.

²²⁵ En dos casos el juez pidió una certificación de lesiones y en un solo caso cumplió con su obligación de dar vista al ministerio público a fin de que se investigara la denuncia. La obligación de perseguir estas denuncias está definida legalmente respecto a la actuación del juez (suplencia de la queja), del ministerio público (persecución obligatorio de delitos perseguibles de oficio una vez recibe información de la posible comisión de un delito de este tipo —Código Federal de Procedimientos Penales arts. 116 y 117) y de la defensoría pública de acuerdo al artículo 13 de la respectiva ley orgánica: "Las quejas que formulen los defensores públicos, los detenidos o internos de establecimientos de detención o reclusión por falta de atención médica; por tortura; por tratos crueles, inhumanos o degradantes; por golpes y cualquier otra violación a sus derechos humanos que provengan de cualquier servidor público, se denunciarán ante el ministerio público, a la autoridad que tenga a su cargo los reclusorios y centros de readaptación social y a los organismos protectores de derechos humanos, según corresponda. Esto con el fin de que las autoridades adopten las medidas que pongan fin a tales violaciones, se prevenga su repetición y, en su caso, se sancione a quienes las hubiesen cometido, de conformidad con la legislación aplicable." Ley Federal de Defensoría Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de mayo de 1998.

²²⁶ El porcentaje de toda la población posiblemente torturada que se refiere a ello en su declaración ministerial no difiere sustancialmente respecto a la población en general. Es de 3.5% en la población general y de 1.3% en la población torturada. Encuesta a expedientes, pregunta E94: "Si refirió en la comparecencia ministerial que fue golpeado por algún funcionario."

POSIBLES TORTURADOS	FRECUENCIA DE QUEJAS ANTE EL JUEZ	
		INDÍGENAS
Se quejó ante el juez	16%	28%

Respecto a la totalidad de la población de posibles torturados, mientras es imposible saber por qué no se ven reflejados en la declaración preparatoria este tipo de hechos, se puede pensar en varias explicaciones. Quizás el recluso no se sintió con la confianza para hacerlo, las amenazas anteriores seguían surtiendo efecto, no le fue preguntado, tuvieron problemas para comunicarse con el tribunal o posiblemente los hechos fueran calificados como irrelevantes y excluidos del registro de la declaración, aunque el recluso los haya expresado, entre otras posibilidades. A pesar de ello, los datos indican que aun en los pocos casos donde actos de este tipo sean denunciados expresamente, el sistema adopta una postura de indiferencia ante la posible tortura, uso excesivo de la fuerza o malos tratos, ya que su reporte no provoca ninguna reacción relevante por parte del juez o del ministerio público. Al parecer, tácitamente, los actores del sistema de justicia admiten estos tipos de comportamientos como un modo de funcionamiento del procedimiento penal.

Respecto a la conclusión vertida al inicio de esta sección desmintiendo la creencia según la cual los reclusos reportan hechos constitutivos de tortura para lograr algún beneficio procesal, los datos sobre la falta de reacción frente a su registro confirman que a las personas procesadas no les reporta —ni es lógico que esperen— ningún beneficio alegar tortura o malos tratos dentro de su proceso.

3.3.1 Tortura y confesión

Otro dato que confirma que el reporte de la tortura no parece ser una táctica del recluso, es que sólo 27% de los expedientes de todos los posibles torturados reportan ante el juez que el maltrato se relacionaba con la confesión. Con relación al reporte en esta categoría por los reclusos indígenas y no-indígenas, se mantiene la tendencia de queja menor en los indígenas (24%) respecto a los no-indígenas (37%). Sin embargo, se le reporta al encuestador en este diagnóstico que en 67% se les practicó algún tipo de violencia en la etapa de la averiguación previa con relación a la confesión, lo que demuestra mayor correspondencia con los datos registrados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos al respecto.²²⁷ La diferencia entre lo reportado en expediente y

²²⁷ El 83% de los casos de tortura, de acuerdo con un estudio en base a las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, se relacionaba con la obtención de la confesión. Ricardo Hernández Forcada y María Elena Lugo Grafías, *Algunas notas sobre la tortura en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mayo de 2004, página 29.

en la encuesta sugiere que si reportar la tortura fuese una táctica jurídica se habría visto un sobre-reporte en los registros de la declaración preparatoria y no un sub-reporte de hechos relevantes, como de hecho se observa.²²⁸

La percepción de los posibles torturados que pasaron por el ministerio público respecto a si confesaron o no y el por qué de la confesión también arroja datos interesantes. El 44% de los posibles torturados reportaron que habían confesado en la agencia. Para el resto de los encuestados, sólo reportan el 35% haber confesado. Cuando se les preguntó a los integrantes de estos dos grupos por qué habían confesado se revelaron diferencias importantes:

		CONFESIONES REPORTADAS (P38)		
		"¿CONFESARON EN EL MP?"		
ENCUESTA A PERSONAS RECLUSAS	Posibles torturados	44%		
	No torturados	35%		
	RAZÓN PARA CONFESAR EXPRESADO (P39) ²²⁹			
			POSIBLES TORTURADOS	NO TORTURADOS
	Porque lo lastimaron	50%	8%	
	Porque lo presionaron	40%	13%	
	Porque lo hizo	18%	53%	

Primero, se destaca el hecho que no todos dicen haber sido presionados para confesar, aun cuando se quejan de hechos constitutivos de posible tortura; es decir, algunos de los que reportaron hechos consistentes con posible tortura asumen que confesaron porque eran responsables. Sin embargo, los datos indican que cuando se tortura hay mayor probabilidad de que la persona confiese de manera coaccionada, ya que sólo 18% de los posibles torturados confesaron porque eran responsables, frente a 53% en el caso del grupo de no-torturados. Este mismo dato conduce a una segunda conclusión importante: la tortura parece ser eficiente para lograr confesiones que tienen una alta probabilidad de ser falsas.

Por otro lado, es posible hacer una comparación de la percepción de los inculpa-dos del fuero local con lo que reporta el sistema mediante el análisis de expedientes.

²²⁸ Encuesta a expedientes, pregunta E183 referente a la declaración preparatoria: ¿El inculpa-do mencionó haber sido víctima de maltratos relacionados con el contenido de la declaración ministerial?

²²⁹ Los porcentajes en este cuadro no suman 100% porque no son respuestas excluyentes.

En 31 casos (44%) de la población posiblemente torturada en el fuero común reporta haber confesado. Sin embargo, los expedientes registran que 85% de esa misma población confesó en el ministerio público y 14% en el juzgado. Respecto a la población no-torturada del fuero local, 33% declara haber confesado. Para este último grupo, los expedientes resaltan que confesó en el ministerio público en casi el 76% de los casos y en el juzgado en el 32% de casos (ver cuadro siguiente).

CONFESIONES REGISTRADAS EN EL EXPEDIENTE		
	POSIBLES TORTURADOS (169 CASOS)	NO-TORTURADOS (697 CASOS)
MP	85%	76%.
Juzgado	14%	32%.

Tales resultados muestran que la percepción de los inculpados no se ve reflejada en los datos del expediente, ya que muchas veces éste indica que confiesan en el ministerio público cuando no perciben haberlo hecho. También se observa que es en el ministerio público donde en mayor grado se dan las confesiones, ya que en el juzgado disminuye su incidencia en más de la mitad. Esto podría encontrar su explicación, en parte, por los casos en que las personas reportan que fueron obligadas a firmar un papel en blanco, lo que podría conducir a un nivel más alto de confesiones, sin la conciencia por parte del recluso de que hubiese confesado. Esta interpretación se ve reforzada por el hecho de que los encuestadores hacen notar que en las confesiones en el ministerio público aparecen relatos idénticos a la denuncia o que utilizan un lenguaje aparentemente ajeno a la forma de expresión del recluso, tomando en cuenta su grado de dominio del español o del lenguaje especializado referido en su declaración.

Otra explicación puede radicar en que el recluso percibió que el comportamiento que reportaba no lo implicaba en la comisión de algún delito, mientras la percepción del ministerio público o el funcionario que redactaba la declaración ministerial lo consideró de otra manera. Lo que es importante notar es que la percepción del recluso sobre que sí ha confesado (35% de la población *no-torturada*)²³⁰ correlaciona en mayor grado con lo registrado en la declaración ante el juez (32%) que lo constatado a raíz de la averiguación previa (76%). Esto conduce a la conclusión que existe un nivel importante de distorsión respecto al reporte de lo declarado por el inculpadado en el ministerio público.

²³⁰ Es lógico pensar que entre la población posiblemente torturada se encuentren más altos niveles de retractación de la confesión, como de hecho se registra.

Esta falta de correspondencia entre la experiencia y percepción del recluso y lo reflejado en el expediente es otro indicio de que existe un divorcio entre el cumplimiento formal de las reglas y la práctica cotidiana respecto a la protección de derechos fundamentales. Esta distancia le resta credibilidad a los procedimientos en general, y a las resoluciones judiciales y dificulta la legitimación del sistema de justicia penal para la resolución de conflictos penales.

3.3.2 Patrones de actuación de las autoridades

Al analizar el comportamiento de los actores del sistema de justicia desde la percepción de los reclusos, se nota un alto grado de diferenciación en las respuestas, demostrando de esta manera la capacidad de discriminación entre tipo de autoridad por parte de los reclusos. Del grupo de posibles torturados y el resto de los entrevistados y en coherencia con los conocidos factores de riesgo para la tortura y el maltrato, los reclusos señalaron como mayor responsable de alguna amenaza, humillación, golpe o agresión física a la policía ministerial, como se nota en el siguiente cuadro.

AUTORIDAD REPORTADA POR ENCUESTADOS COMO RESPONSABLE DE HABERLES AMENAZADO O HUMILLADO

TIPO DE AUTORIDAD	POSIBLES TORTURADOS	NO TORTURADOS
Policía ministerial o judicial	71%	23%
Agente del ministerio público	16%	7%
Policía preventiva o municipal	13%	8%
Custodio o celador	7%	4%
Juez	4%	2%
Secretario de acuerdos	2%	1%
Defensor	2%	1%
Otros*	6%	3%

AUTORIDAD REPORTADA POR ENCUESTADOS COMO RESPONSABLE POR HABERLES GOLPEADO O LASTIMADO

TIPO DE AUTORIDAD	POSIBLES TORTURADOS	NO TORTURADOS
Policía ministerial o judicial	82%	26%
Policía preventiva o municipal	14%	12%
Agente del ministerio público	4%	1%
Custodio o celador	3%	2%
Juez	1%	0%
Secretario de acuerdos	0%	0%
Defensor	0%	0%
Otros*	7%	2%

* La mayoría de las autoridades en esta categoría son autoridades federales. También aparecen unos pocos casos que mencionan a topiles o síndicos.

Los policías ministeriales son percibidos como más abusivos verbal y físicamente.²³¹ Ello coincide con que esta policía es la que más realiza la detención (57% de la población total y 73% de la población posiblemente torturada). Asimismo, como se anticipó, la población de posibles torturados reportaron abusos de tipo moral y físico en mucho mayor proporción respecto de los policías ministeriales. Esto sugiere la confirmación de lo documentado por organismos internacionales y nacionales de derechos humanos, en el sentido de que el momento de mayor vulnerabilidad para un individuo es durante su detención administrativa.

Al analizar el resto de los datos reportados en el cuadro referido, se nota que la población torturada califica negativamente a la policía ministerial (en un 86%) y a los otros actores en un grado mucho menor (ministerio público 45%, juez 28%, policía preventiva 16%), lo que implica un grado de especificidad en la respuesta y discriminación por parte de los entrevistados respecto a su experiencia dentro del sistema penal.

Como conclusión de este análisis, no es de sorprenderse el hecho de que los tratados internacionales garanticen el derecho a que el detenido sea remitido "sin demora" o "prontamente" ante un juez o una autoridad facultada para ejercer poderes jurisdiccionales, como mecanismo de protección de la integridad y seguridad personal de las personas. En este sentido, la reforma constitucional de 1993, que limita a 48 horas el período de retención en el ministerio público,²³² ha contribuido seguramente a limitar las violaciones de este tipo. De la misma manera, se aprecia la reforma constitucional que incorporó la limitación a la validez de las confesiones a las tomadas en el ministerio público o en sede judicial con presencia del defensor. Sin embargo, a pesar de estos cambios normativos los datos demuestran que persisten la tortura y los malos tratos. Este hecho que llama a la reflexión sobre los cambios necesarios, tanto normativos como de prácticas y gestión, y en base al análisis de los factores e incentivos sistémicos que empíricamente se demuestra siguen alentando este tipo de prácticas.

²³¹ Este dato coincide con las tendencias registradas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ricardo Hernández Forcada y María Elena Lugo Grafías, *Algunas notas sobre la tortura en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mayo de 2004.

²³² La jurisprudencia indica que se mide el período de 48 horas a partir de la puesta a disposición del detenido ante el ministerio público. *Novena Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. XIX, enero de 2004. Tesis: 1a/J. 46/2003 pág. 90*. Sin embargo, existen pocos controles sobre la hora de la detención por parte de la policía y menos en aquellos lugares que carecen de buenas vías de comunicación. El análisis de expedientes revela que en 36 casos en donde hubo detención extrajudicial, los encuestadores comentaron la falta u otra irregularidad respecto a la fecha de detención o remisión al ministerio público. Encuesta a expedientes E76: "Comentarios/irregularidades sobre la detención extrajudicial (opcional)."

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA TORTURA Y LOS MALOS TRATOS

Las siguientes descripciones normativas son elementos de contexto que se usaron para calificar los datos recabados:

Uno de los supuestos que más se relaciona con la práctica de la tortura y los malos tratos es la condición de la privación de la libertad. De hecho, la definición del derecho a la libertad abarca la garantía de la seguridad e integridad de la persona, así como la protección contra detenciones ilegales o arbitrarias. De acuerdo con el derecho internacional, este derecho comprende los siguientes elementos básicos:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.
2. *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas*
3. *Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*
4. *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*²³³

Por otra parte, el derecho a la integridad personal se expresa en forma más amplia y comprende el conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales que le permiten al ser humano su existencia, sin sufrir ningún tipo de menoscabo. En el ámbito internacional, se ha establecido que el derecho a la integridad personal comprende, entre otros, el derecho de toda persona a:

- Que se respete su integridad física, psíquica y moral.

- No ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, de manera que toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.
- Que las penas privativas de la libertad tengan como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.²³⁴

Respecto a la tortura como evidente lesión del derecho a la seguridad e integridad física, para este análisis se emplearon las definiciones de los dos tratados internacionales en la materia de que México es parte:

a) la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes:

“...se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona *dolores o sufrimientos graves*, ya sean físicos o mentales, *con el fin* de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”

b) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura:

Artículo 2. “...se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona *penas o sufrimientos físicos o mentales con fines* de investigación cri-

²³³ Art. 7 de la CADH, véase también art. 16 constitucional.

²³⁴ Art. 5, 1), 2) y 6) de la CADH. En el mismo sentido, el art. 5 de la DUDH, el art. 10, 1) del PIDCP y el art. XXV de la DADDH.

minal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena *o con cualquier otro fin*. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, *aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*.”

Artículo 3. “Serán responsables del delito de tortura los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo no lo hagan.”

Para efectos de este estudio se utilizó la definición de la Convención de las Naciones Unidas, la que más se asemeja a la definición recogida en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.²³⁵ Sin embargo, tanto la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en su Recomendación General 10 sobre la Tortura, como el consenso internacional reflejado en el Estatuto de Roma y sus instrumentos interpretativos²³⁶ consideran que una finalidad en particular no necesariamente debe tener que comprobarse, para comprobar la tortura. En este sentido, la CNDH recomienda lo siguiente respecto a la definición de la tortura:

“[Que] [S]e tomen las medidas respectivas para que se logre la homologación del tipo penal de tortura y de acuerdo con la tendencia por lograr la mayor protección de los Derechos Humanos se incorporen los elementos que derivan de la des-

cripción prevista en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, a fin de evitar la impunidad y garantizar la aplicación efectiva de la ley.”²³⁷

Se ha retomado la opinión de la CNDH al respecto y en el presente estudio se ha calificado en once casos la tortura en base a la definición contenida en la Convención Interamericana. Estos once casos, de todas maneras, no afectan en forma significativa el análisis de las tendencias aquí vertido.

Se calificaron como malos tratos aquellos hechos que ilustraron prácticas que representan una lesión a la dignidad humana, pero que no reunían los elementos de la tortura bajo los dos tratos referidos.

En el caso del “uso de la fuerza al momento de la detención” se identificó este comportamiento de manera independiente y no se asimiló con la tortura, ya que de acuerdo con la normatividad señalada: “No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas...”, es decir, los sufrimientos causados a raíz del uso legítimo de la fuerza por un servidor público autorizado para ello no se consideran tortura ni malos tratos, siempre que estos sufrimientos “no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.²³⁸ En los casos en donde hubo aparentemente un motivo legítimo para el empleo de la fuerza, se analizó si fue proporcional o excesivo. Obviamente, este es un análisis restringido a los datos proporcionados en los relatos para conocer las tendencias en las prácticas al respecto.

²³⁵ La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura omite, respecto a la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, las finalidades de “intimidación o cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación,” así como, cuando dichos dolores o sufrimientos “sean inflingidos a instigación o con consentimiento o aquiescencia de un funcionario público.”

²³⁶ El Estatuto de Roma para la Corte Penal Internacional, instrumento jurídico desarrollado recientemente para contemplar los tipos penales de los crímenes más graves para la humanidad, no exige la existencia de un fin concreto que pretenda obtenerse mediante la tortura, sino que basta con la sola realización de la conducta para constituir el delito de tortura. A su vez, el art. 7(1) (f) de los Elementos de los Crímenes del Estatuto de Roma, señala en un pie de página (n. 14) que “Se entiende que no es preciso probar ninguna intención especial en relación con este crimen”.

²³⁷ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación General N° 10, México, D.F. a 17 de noviembre de 2005.

²³⁸ Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura, artículo 1.

V Conclusiones y recomendaciones

El proceso gradual de reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas que se ha hecho en México a partir de reformas constitucionales, resulta fundamental para asegurar las condiciones materiales y jurídicas necesarias que les permitan mantenerse como pueblos y desarrollarse en un ambiente de respeto y armonía, desde un proyecto propio en el marco del Estado nacional. En este sentido, se toma como punto de partida la importancia, ya reconocida tanto en la Constitución mexicana como en el derecho internacional de los derechos humanos, del derecho a la jurisdicción indígena para la efectiva instrumentación de todos los otros derechos de los pueblos indígenas. De esta manera, el ejercicio de la jurisdicción indígena fortalece el principio constitucional de libre determinación ejercida en un marco de autonomía que potencia el desarrollo y garantiza el ejercicio de los derechos y libertades individuales de los sujetos indígenas. En virtud de ello, donde más se demuestra la necesidad de llevar a cabo reformas legales es en materia de la jurisdicción indígena. Estas reformas deben realizarse en términos que potencien y fortalezcan el ejercicio de la libre determinación y autonomía referidas.

Bajo esta premisa central, las conclusiones y recomendaciones de este diagnóstico versan sobre cada uno de los derechos examinados.¹ Abarcan fundamentalmente dos ámbitos de actuación: el primero comprende todo lo atinente a la jurisdicción indígena y su articulación con el sistema estatal de justicia; y el segundo se refiere a la operación del sistema estatal de justicia penal cuando ejerce su jurisdicción sobre personas indígenas. A manera de introducción, se puntualizan tres conclusiones generales sobre la operación de la justicia y la garantía de los derechos indígenas con respecto al acceso a la justicia, antes de exponer las conclusiones y recomendaciones puntuales.

En primer lugar, el diagnóstico ha encontrado que a menudo existen desfases e inclusive contradicciones entre el alcance de un derecho de acuerdo con la normativa

¹ Derecho a la jurisdicción indígena, a la autoadscripción como indígena, a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas dentro de los procesos del Estado, a la aplicación de una pena alternativa a la prisión, a la defensa adecuada, al traductor o intérprete, a la seguridad e integridad personal y a la libertad, y de las mujeres indígenas.

fundamental y su instrumentación mediante las leyes secundarias. Esto se da, por ejemplo, con respecto a la garantía del traductor o intérprete. La Constitución federal requiere que este derecho sea garantizado “en todo momento” en todos los juicios y procedimientos donde sea parte un indígena,² mientras algunas legislaciones estatales refieren a que se garantiza el derecho al traductor o intérprete sólo cuando la persona no habla o entiende el español, lo que ha provocado la restricción del acceso pleno a la justicia para los indígenas, conforme se garantiza en la normativa fundamental en tanto sea el medio para asegurar la toma en cuenta de los usos, costumbres y normas indígenas, la adecuada defensa y como garantía de la pluriculturalidad.

Otro ejemplo se encuentra en las leyes secundarias que obligan a que los sistemas normativos internos de los pueblos indígenas “no contravengan las leyes estatales”, cuando la misma Constitución contiene otra exigencia al determinar que los sistemas normativos internos deben someterse “a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres”.³ La fórmula constitucional, de esta manera, prevé el pluralismo jurídico —es decir, la posibilidad de la coexistencia de dos sistemas normativos, el indígena y el estatal—, basado en ciertos valores fundamentales compartidos pero con un desarrollo y detalle distinto.

Esta distancia entre la definición constitucional de un derecho y su implementación a nivel de la legislación secundaria se podrá remediar mediante un ejercicio de armonización de la legislación nacional impulsado por varios actores, principalmente los legisladores, los actores del sistema de justicia, los pueblos indígenas, instituciones académicas y las organizaciones de derechos humanos. Este ejercicio debe contemplar el proceso de consulta con los pueblos indígenas, garantizado en el Convenio 169 de la OIT de que México es parte.⁴

² Artículo 2 apartado A, fracción VIII.

³ Artículo 2 apartado A, fracción II.

⁴ Cuando se refiere a la consulta en estas conclusiones y recomendaciones, se refiere a la consulta de buena fe que busca el consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con las pautas asentadas en el documento del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas, párrafos 45 al 48, *Informe del seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas* (2005) U.N. Doc. E/C.19/2005/3. Por lo tanto, se entiende que la consulta no se limita a un procedimiento adecuado o la buena fe, sino que ésta el propósito de alcanzar al menos dos objetivos primordiales: realizarlas ante “las instituciones representativas” y obtener su “consentimiento”. Para ello, la consulta debe ser más que un mero diálogo o sondeo de opinión. En el fondo, debe consistir en este caso, en que el Estado y los Pueblos pacten la fórmula para lograr la articulación de los sistemas respectivas; y luego, a partir de ello, lograr la adecuación de la legislación y operar los acuerdos conjuntamente. En este sentido es positivo el ejercicio realizado en San Luís Potosí respecto a la legislación de la Ley de Justicia Indígena de esa entidad y referido en la exposición de motivos de dicha ley: “Las autoridades indígenas consultadas presentaron propuestas trabajadas en mesas y asambleas, y representan legítima y directamente a una población de aproximadamente cincuenta y cinco mil personas indígenas.” Esto aunado al consentimiento de estas autoridades respecto al producto de este proceso, es lo que constituiría una verdadera “consulta”.

La segunda conclusión general se relaciona con la brecha que a menudo se evidencia entre el cumplimiento formal de las reglas y la garantía real de los derechos. En este sentido, se ha concluido que la presencia del defensor no es garantía de una defensa adecuada si ésta no va acompañada de otras características, tales como la comunicación efectiva entre el inculpado y su abogado, el acceso a la información necesaria y al tiempo y los medios que permitan el diseño e implementación de una estrategia de defensa. Asimismo, el derecho al traductor o intérprete no se cumple a menos que se cuente con interlocutores que puedan facilitar una verdadera comunicación intercultural. En este mismo sentido, la toma en cuenta de los usos, costumbres y normas indígenas requiere un nivel de análisis y estudio que permita debatir en la respectiva resolución, el significado que aquéllos tengan para la solución del caso. Finalmente, el ejercicio del derecho a la autoadscripción no puede reducirse a la pregunta sobre la pertenencia étnica, ya que la identidad indígena tiene un significado basado en una realidad más amplia y profunda.

Como tercera conclusión general, si bien es cierto que la falta de asignación de recursos humanos y materiales es un factor importante en la problemática descrita, no representa el único obstáculo. Para acercar la justicia a la realidad social y al respeto de los derechos indígenas, se debe apuntar a un examen más exhaustivo y sistemático de los hechos en cada caso y de los valores en que se basa la reglamentación jurídica. Por ello es de suma importancia explicitar y detallar en los ámbitos legislativo, judicial y cívico el contenido y alcance de los derechos que se examinan en este informe.

De esta manera, las recomendaciones que se enfocan en las políticas públicas y prácticas de los operadores de la justicia, buscan adecuar sus acciones a la naturaleza de la demanda social de justicia en una sociedad pluricultural. Éstas están dirigidas al Estado a fin de precisar las obligaciones que tienen sus instituciones y agentes frente a su deber de "respetar los derechos y libertades ...y a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción." Estas políticas públicas, entre otras cosas, deben buscar erradicar la "discriminación ...por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."⁵ En este contexto, se entiende que los derechos humanos abarcan también los derechos indígenas y, por lo tanto, deben ser interpretados y aplicados en forma armónica.

Como resultado de esta consulta se elevaron a rango constitucional en nuestro Estado las más importantes propuestas que se plantearon en las asambleas comunitarias, y se expidió la Ley Reglamentaria del Artículo 9 de la Constitución Política del Estado, que hoy día es pionera en el país en reconocer a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público, su personalidad jurídica, su autonomía sus autoridades y sus sistemas normativos." Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí (2006).

⁵ Convención Americana sobre los Derechos Humanos, artículo 1.

A continuación se detallan las conclusiones y recomendaciones por derecho, y donde sea pertinente se precisan los actores que tendrían un papel en la implementación de las acciones que se plantean.

1.1 Derecho a la jurisdicción indígena

Este diagnóstico ha podido constatar que la jurisdicción indígena existe y opera para satisfacer las necesidades de la justicia en varios planos, inclusive la resolución de conflictos algunos de los cuales podrían clasificarse como de carácter penal en el sistema estatal de justicia. Asimismo, se ha visto que la justicia indígena actúa para canalizar casos al sistema de justicia estatal. A pesar de ello, se observa que el Estado no ha hecho efectivo este derecho previsto en la legislación internacional suscrita por México y en la propia Constitución mexicana. Esto se debe, en gran parte, a la existencia de lagunas legislativas y normas contradictorias que obstaculizan su aplicación, conforme se ha detallado respecto a la legislación oaxaqueña en el texto principal de este informe.

Como ejemplo, se señala que la ley oaxaqueña no reconoce la calidad de autoridad jurisdiccional de las autoridades indígenas, limita irracionalmente el alcance de su jurisdicción y restringe excesivamente su operación al obligar su sujeción a toda la ley estatal vigente, contrario a los términos de la garantía de este derecho en la Constitución federal. Finalmente, relega el ejercicio de la jurisdicción indígena a un plano supletorio, lo que frustra el pleno cumplimiento de este derecho conforme la misma Constitución federal.

Esta restrictiva legislación genera la idea y la práctica de desacatar las resoluciones indígenas o invadir sus competencias, usando como fundamento y única pauta de referencia la normatividad estatal y no los sistemas normativos indígenas. Como consecuencia, la justicia estatal, así como las instancias de derechos humanos, terminan desconociendo las resoluciones de la autoridad indígena que posee formas, lógicas y valores distintos a los del sistema de justicia estatal.

En virtud de lo anterior se recomienda que las legislaturas estatales propongan y aprueben, en lo pertinente, una legislación para garantizar la jurisdicción indígena, así como su articulación con el sistema de justicia estatal.⁶ En este mismo sentido, el Congreso debe legislar a nivel federal para articular los ámbitos de competencia federal con la jurisdicción indígena, en tanto estén implicados aspectos pertinentes a la

⁶ Ver cuadro comparado de la normativa constitucional estatal y de las leyes reglamentarias respecto a los derechos examinados en este diagnóstico. Anexo IV: Normatividad Nacional y Derechos Indígenas. Debe recordarse que la legislación oaxaqueña se legisla antes de la reforma constitucional de 2001, y por lo tanto tendría que revisarse para asegurar su conformidad con ésta.

autonomía indígena y el derecho a "decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural".⁷

La legislación estatal y federal *debe concebir a la autoridad indígena como una autoridad propia*, y no auxiliar de las instancias estatales, no obstante tenga también algunas facultades de ese orden. Para ello, debe reconocérsele el poder jurisdiccional que posee, lo que implica formas de hacer cumplir sus resoluciones de acuerdo con sus sistemas normativos, sean orales o escritas. Las leyes deben, además, definir el ámbito de la jurisdicción indígena de acuerdo con referentes del sistema normativo indígena respectivo.

Esta definición debe partir de reconocer que la jurisdicción indígena no se determinará mediante la designación de ciertos delitos vistos desde la perspectiva de la justicia estatal, sino en base a otros criterios más amplios que se derivarán de la consulta con los pueblos indígenas y que tendrán como referente la lógica de los sistemas normativos internos indígenas, que se definen por un acercamiento a la resolución de conflictos distinto al del sistema estatal. Para contar con referentes del sistema de justicia indígena es preciso basarse, en particular, sobre prácticas reales y el significado que éstas tienen para el ejercicio de la libre determinación y autonomía.

Por otra parte, los jueces, aun en ausencia de legislación reglamentaria, deben hacer valer el derecho a la jurisdicción indígena conforme se plasma en el artículo 2 de la Constitución federal y su interpretación a la luz de los tratados internacionales de que México es parte, en particular el Convenio 169 de la OIT. Respecto al ministerio público, sus agentes deben investigar y determinar afirmativa y formalmente el no-ejercicio de la acción penal o el desistimiento, en su caso, cuando claramente se encuentren ante un caso o situación que compete a la autoridad indígena. El juez podrá resolver esta cuestión definitivamente cuando exista una disputa sobre la autoridad competente. Para cumplir con esta recomendación, los agentes del ministerio público que dirijan las investigaciones, deberán reunir la información necesaria para instrumentar esta toma de decisión en los casos en que el inculcado sea indígena.

Finalmente, los defensores deben explorar en todos los casos de representados indígenas la posible relación del caso con un asunto interno de la comunidad a que pertenece el afectado, para solicitar la declinación de la competencia o la desestimación del asunto, en su caso.

Respecto a la articulación del sistema de justicia indígena con el sistema estatal y de protección a los derechos humanos, se recomienda que la legislación *mida el cumplimiento de los sistemas normativos indígenas con los estándares mínimos reconocidos nacional e internacionalmente, en base a una perspectiva de derecho comparado, valorando los sistemas normativos indígenas en el mismo plano que otros sistemas jurí-*

⁷ Artículo 2 constitucional.

dicos. Para la interpretación de la referencia constitucional al estándar mínimo de cumplimiento con los derechos humanos para los sistemas normativos indígenas se recomienda referir a los tratados internacionales de derechos humanos y su respectiva jurisprudencia, ya que plantean criterios de análisis y mecanismos de aplicación de este mandato jurídico para implementar el pluralismo jurídico en la práctica cotidiana.

Se debe *mantener una perspectiva intercultural* al examinar si los sistemas normativos se sujetan a los principios generales de la Constitución mexicana y respetan las garantías individuales y los derechos humanos, entre ellos el respeto a la dignidad e integridad de las mujeres, lo que no implica que la autoridad indígena cumpla con las formalidades y reglamentación propias del sistema estatal de justicia. Esta perspectiva pluralista debe valorar, además, el equilibrio que buscan los sistemas normativos indígenas al verse confrontados intereses individuales y colectivos (bien común). Para ello, se tendrá que considerar no sólo la resolución en forma aislada, sino también los antecedentes del caso, el contexto en que se produce y la lógica y los principios en que se basa la resolución.

Se logrará la expresión jurídica necesaria para cumplir con estas recomendaciones en la medida en que se conozcan, desde la perspectiva del derecho comparado, las normas, lógicas y formas de la justicia indígena como sistema legitimado para la resolución de conflictos dentro del marco jurídico nacional. La forma idónea de lograr este conocimiento es la consulta a los pueblos indígenas conforme el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁸ y el Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas del Foro Permanente Sobre Cuestiones Indígenas.⁹ Es obligación de la misma legislatura asegurar la consulta necesaria e involucrar a las instancias de la justicia y la comunidad jurídica en el diálogo, para asegurar la comprensión mutua entre los operadores de los dos sistemas de justicia.

Se recomienda establecer, normativa e institucionalmente, *los mecanismos para dirimir conflictos de competencias entre los dos sistemas*, cuestión que se facilitará con la definición racional del ámbito de la jurisdicción indígena, y la implementación de las instancias para revisar la conformidad de las resoluciones con estándares mínimos de derechos humanos. Este mecanismo debe mantener un enfoque pluricultural, ser integrado por autoridades de los dos sistemas y constituirse de acuerdo con principios de igualdad y no-discriminación, con el fin de aplicar criterios interculturales para la

⁸ Esta Declaración, cuyo texto fue aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en junio de 2006, será sometida a la Asamblea General para su aprobación definitiva. Consejo de Derechos Humanos, primer período de sesiones, A/HRC/1/L.3, 21 de junio de 2006.

⁹ U.N. Doc. E/C.19/2005/3. La recién aprobada Ley de Justicia Indígena de San Luis Potosí, en su exposición de motivos, describe en general el proceso de consulta que se realizó en conexión con esa iniciativa. Sería importante que se compartieran los detalles de esta experiencia para retomar lo positivo e ir perfeccionando estos procesos de consulta con los pueblos indígenas.

delimitación de competencias en aquellos casos en que surjan conflictos al respecto. Para esta tarea se debe contar con la participación e impulso de las legislaturas y con insumos de académicos y profesionales del campo jurídico y otras ciencias sociales. Al igual que las otras recomendaciones en materia legislativa, debe consultarse a los pueblos indígenas.

Se recomienda establecer *jurídicamente las formas en que el sistema estatal de justicia podrá conocer las resoluciones de las autoridades indígenas*, sin que tengan que ser validadas en base a criterios derivados de un sistema de justicia ajeno. En este sentido, sería suficiente la existencia de la resolución de la autoridad indígena en materia de su competencia, para darle carácter jurídico obligatorio.¹⁰

Concretamente, cada institución (procuradurías de justicia, poderes judiciales, defensorías públicas y policías) debe diseñar e implementar cursos de sensibilización y capacitación para todos los actores del sistema, tanto local como federal, jurisdiccional y administrativo, sobre la obligatoriedad de la aplicación del artículo 2 apartado A, fracción II constitucional, así como los pasos a seguir y el fundamento respectivo en su ámbito de actuación.

Los agentes del ministerio público deben determinar el no-ejercicio de la acción penal o la reserva en su caso, así como la remisión del caso a la jurisdicción indígena cuando ésta ya se ha ejercido, se está ejerciendo o se ejercerá. Esto se debe realizar de acuerdo con las leyes reglamentarias correspondientes o cuando no se cuente con ley reglamentaria, en todo caso cuando los hechos demuestren que el asunto compete al ámbito interno de la comunidad indígena. De la misma manera, los jueces deben determinar la calidad de cosa juzgada cuando sobre el asunto ya recayó una resolución de la autoridad indígena competente, o bien declinar la competencia cuando ésta aún no se ha ejercido, pero el asunto les corresponde.

Los jueces podrán hacer esta determinación en aplicación del artículo 2 constitucional, aun cuando no hay una ley específica al respecto, cuando se demuestre de los hechos que ello se amerita. Los defensores tienen la obligación de llevar a la atención de los jueces y ministerios públicos cuando se trata de un asunto perteneciente a la jurisdicción indígena, y de presentar los elementos de prueba que puedan aclarar ese hecho, cuando en conjunto con su cliente concluyan la interposición de esta línea de defensa y ésta esté fundamentada en los hechos. En este sentido, incumbe igualmente a los defensores, jueces y agentes del ministerio público tomar las acciones respectivas para cerciorarse de que están ante un caso que pertenece a la jurisdicción indígena, siempre que exista esa posibilidad.

¹⁰ En este sentido, es instructiva la recién aprobada Ley de Justicia Indígena de San Luis Potosí, al determinar que las resoluciones de la autoridad indígena dentro del ámbito de su competencia constituyen sentencias ejecutorias, bien sea resultado de la mediación, conciliación o del arbitraje. Ver artículos 19 y 30 de dicha ley.

En este mismo sentido, cada institución debe participar en la consulta a los pueblos indígenas sobre sus sistemas normativos internos, y la importancia que éstos guardan para el ejercicio de los derechos indígenas, en especial sus aspiraciones respecto al ejercicio del derecho a la libre determinación y autonomía. Estas consultas deben ser impulsadas por los tres poderes en cada estado, y deben contemplar la participación de actores federales para que en este ámbito se empiece a resolver el reconocimiento de la jurisdicción indígena en los ámbitos en que interviene la federación. Se recomienda involucrar a profesionales de las ciencias jurídicas y sociales, así como a organizaciones de la sociedad civil para facilitar la organización y diseño de la consulta.

En todo el proceso de implementación de estas recomendaciones, se deberá, necesariamente, partir de la consulta con los pueblos y comunidades indígenas en términos de respeto mutuo, en aras de la implementación del pluralismo jurídico y de los derechos indígenas, tanto colectivos como individuales.

1.2 Derecho a la autoadscripción

El presente diagnóstico concluye que no se facilita el ejercicio del derecho a la autoadscripción de los indígenas en el sistema de justicia estatal. Se señalan varias prácticas de los actores del sistema de justicia estatal que tienden a la determinación externa de la identidad, por lo general con base en estereotipos relacionados con el aislamiento social, la ignorancia y la pobreza y con la única finalidad de la disminución de la pena. En este contexto, algunos actores del sistema perciben como un posible truco la afirmación de la identidad indígena.

La identidad indígena es un derecho propio de la persona y se manifiesta en relación con la conciencia de pertenencia a un pueblo o comunidad indígena. El derecho de autoidentificarse, cuyo ejercicio radica en el entender subjetivo de la persona, no siempre se expresa en los términos que el sistema de justicia entiende. Es decir, la pertenencia indígena puede radicar en la realidad de formar parte de una cultura, comunidad y prácticas, sin que esto se traduzca en la conciencia de “pertenecer a una etnia” como comúnmente se plantea en los procesos penales.

Esta identidad implica una serie de derechos y obligaciones hacia el individuo indígena o su colectividad, así como del pueblo indígena con respecto a sus miembros y también de las personas indígenas hacia su pueblo.¹¹ Por ello, el sistema de justicia, precisamente debido a su obligación de tomar en cuenta la diferencia social, cultural,

¹¹ La Declaración de la ONU, en su artículo 32, también reconoce el derecho a la autoadscripción como derecho colectivo, y de la siguiente manera: “Los pueblos indígenas tienen el derecho de determinar su propia identidad o pertinencia conforme a sus costumbres y tradiciones. Ello no menoscaba el derecho de las personas indígenas a obtener la ciudadanía de los Estados en que viven.”

política, económica y jurídica de las personas indígenas y sus comunidades, debe facilitar que se conozca cuándo existe esta identidad. El sistema de justicia, al pasar por alto la información que le permite apreciar el conocimiento de la diferencia cultural, termina por emitir resoluciones carentes de la información y el contexto requeridos para hacer justicia, dentro de los mismos términos del marco jurídico mexicano y los derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional.

Más allá de la constatación de uno u otro indicador externo de la pertenencia étnica, como puede ser el lugar de origen o el dominio de un idioma indígena, se recomiendan las siguientes acciones dirigidas a que dentro de los procedimientos legales estatales se conozca la conciencia del sujeto sobre su pertenencia a una comunidad o pueblo indígena.

- *Establecer en cada fase procesal, incluida la averiguación previa, los procedimientos que permitan al procesado y a la víctima, una plena comprensión del alcance de este derecho y que cuenten con las preguntas y los medios suficientes para expresar su convicción subjetiva de pertenecer a un pueblo indígena. Esta obligación debe recaer en todas las instituciones que juegan un papel en el sistema penal, incluyendo a los policías y los que trabajan en el sistema carcelario.*

Tales procedimientos deben incluir la comunicación a la persona, específicamente qué es el derecho a la autoadscripción indígena y cuáles serían las obligaciones del tribunal, la defensa y el ministerio público como consecuencia del ejercicio de este derecho (a que sean tomados en cuenta su usos, costumbres y normas, a que pueda ser remitido el asunto a jurisdicción de su comunidad y al traductor o intérprete del idioma y también de la cultura), en términos que sean comprensibles.

Los procedimientos deben asegurar que las preguntas que se proponen para introducir la oportunidad de autoadscribirse como indígena se formulen en forma comprensible interculturalmente, y en caso de que la persona sea bilingüe siempre con el apoyo de un intérprete, ya que es al inicio de los procedimientos donde más importa la posibilidad de cerciorarse tanto de la identidad de la persona como del dominio que tiene para expresarse interculturalmente. La provisión de un intérprete adecuado en todos los casos de personas bilingües evitará malentendidos al respecto, y asegurará con mayor certeza la implementación de este derecho.

El diseño del aviso sobre derechos indígenas y de las preguntas detonadoras referidas debe hacerse en consulta con los mismos pueblos y con el apoyo de profesionales en relaciones interculturales, incluido los lingüistas.

- Tomar acciones para neutralizar las actitudes discriminatorias que inhiben el ejercicio del derecho a la autoadscripción, así como fomentar la comprensión de los derechos indígenas por los actores del sistema y los indígenas, en especial su operación en el contexto del proceso penal.

Para ello se recomienda que se integren dentro de la capacitación profesional y obligatoria de todos los actores del sistema de justicia, cursos de sensibilización respecto a las relaciones interculturales y la prevención de la discriminación. Estos cursos deben ser diseñados con el apoyo de pedagogos, antropólogos, lingüistas, autoridades indígenas, juristas y otros profesionales que puedan asegurar un acercamiento pluricultural y multidisciplinario a este asunto.

- Finalmente, y como se detalla en las recomendaciones pertinentes a los otros derechos, es esencial que el Estado federal y las entidades federativas se organicen para asegurar la entrega de servicios adecuados y oportunos de interpretación cultural, como son los de traducción e interpretación, así como de peritajes antropológico-jurídicos y culturales para instrumentar los derechos que se derivan de la autoadscripción. Esta tarea debe asegurar, además, que todos los actores del sistema sepan explicar la operación de los derechos indígenas en el sistema de justicia estatal, de manera que se vuelven relevantes como factor de decisión para las personas indígenas afectadas.

*1.3 Derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas dentro de los procesos del Estado.*¹²

El presente diagnóstico hace evidente que no se respeta este derecho en la práctica, y que los actores del sistema se sienten imposibilitados para implementarlo, ya que en

¹² La Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas propuesta por el Presidente-Relator del Grupo de Trabajo respectivo y aprobado el 21 de junio de 2006 por el Consejo de Derechos Humanos, y cuya adopción se recomienda a la Asamblea General de las Naciones Unidas, adopta una perspectiva desde los derechos colectivos de los pueblos indígenas cuando expresa la obligación de tomar en cuenta en los procedimientos y controversias con los Estados u otras partes, al disponer que, "En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos." Artículo 39. Se entiende que el lenguaje referido a "especificidades culturales", "costumbres" y "normas" indígenas refieren al conjunto de prácticas y normas que tienen significado para el pueblo o comunidad indígena referido. De esa manera, la toma en cuenta puede abarcar tanto aspectos culturales como de normativa legal indígena que dan contexto a la actuación del indígena que se encuentra ante el sistema de justicia estatal. Así, se pueden tomar en cuenta tanto normas de obligatorio cumplimiento dentro del pueblo o comunidad, como prácticas, costumbres u otros aspectos no obligatorios.

base a su formación jurídica y orientación institucional consideran aplicable solamente la normativa penal y procesal penal pertinente al funcionamiento del sistema de justicia estatal. En este sentido, algunos de los actores han referido a la calidad supletoria de la justicia indígena, considerando que la misma se aplica sólo cuando existe un vacío en la normativa estatal. Hay otros que opinan que faltan normas y mecanismos más específicos para hacer efectivo este derecho. Sin embargo, ambas perspectivas desconocen en la práctica la normativa constitucional mexicana y de los tratados internacionales que obligan la toma en cuenta de las costumbres y especificidades culturales, incluidas las normas de los pueblos y comunidades indígenas, como componente del derecho de acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

El derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas de la persona o colectividad indígena en el proceso penal estatal implica necesariamente que la policía, los agentes del ministerio público, los defensores y los juzgadores deben hacer ciertas adecuaciones al procedimiento y allegarse de los elementos que les permitan entender la conducta del inculpado o las apreciaciones de la víctima desde la perspectiva cultural del contexto de ambos.

En el caso de México, falta asumir la implementación de este derecho. Como se ha mostrado en el caso de Oaxaca, faltan acciones para facilitar el ejercicio del derecho a la autoadscripción y asegurar la sensibilización de los actores del sistema de justicia respecto a su obligación a tomarla en cuenta; garantizar la participación de traductores o intérpretes calificados, y llevar a cabo peritajes que ayuden a conocer las diferencias culturales relevantes para la solución del caso. Todas estas acciones son necesarias para la implementación de ese derecho.

Por otra parte, es necesario eliminar los obstáculos legislativos para la toma en cuenta de lo indígena en los procedimientos estatales, tanto desde la perspectiva individual como colectiva de los derechos indígenas. En tal sentido, se hacen las siguientes recomendaciones de acción legislativa:

- Aclarar en la normatividad y en la práctica la distinción entre la determinación de la pertenencia de un asunto a la jurisdicción indígena y por lo tanto la declinación de la competencia estatal, y el derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas en procesos ante el sistema de justicia estatal. Si bien este segundo derecho puede resultar en la declinación de la competencia, en caso contrario requiere para la resolución del caso que las partes conozcan y aporten, y los jueces consideren y valoren, la prueba respecto a la diferencia cultural y que esta reflexión sea parte de la sustentación de las resoluciones judiciales. Para precisar esta recomendación se recalca que la toma en cuenta del entorno indígena, incluida su normatividad, no significa aplicar la norma indígena —ya que ésta es facultad propia de la autoridad indígena— sino apreciarla como elemento de contexto en el que actuó la persona indígena a quien se juzga y de tal

manera conocer la realidad subjetiva y objetiva de la persona que está siendo juzgada, en relación con los hechos.

- Aclarar en la normativa (legislatura e interpretación judicial) y en la práctica (orientación reglamentaria a los actores del sistema, en particular los ministerios públicos y defensores) la diferencia entre “conocer” y “tomar en cuenta” los usos, costumbres y normas indígenas.
- Considerar, en adición al contexto diferenciado, la inaplicabilidad de la norma estatal a la persona indígena, en caso de que existan normas encontradas entre el sistema estatal e indígena de justicia, cuando la persona indígena ha actuado en cumplimiento de una normatividad propia de su comunidad.
- Con respecto a esta última recomendación, aclarar en la normativa estatal los criterios de análisis de la correspondencia de la norma indígena con los derechos humanos y principios constitucionales, tomando siempre en cuenta que no existe una sola fórmula para implementarlos.
- Que los actores del sistema apliquen los principios de equidad —trato igual a los semejantes, y diferente a los que sean diferentes— y de valoración jurídica de las diferencias para implementar la “toma en cuenta”, en sus indagaciones y en su argumentación jurídica, visto que ésta no opera en detrimento del principio de igualdad ni representa la aplicación de una ley especial o fuero privativo.

A continuación se recomiendan acciones puntuales que se relacionan con las recomendaciones amplias antes vertidas en esta sección:

- i. Ampliar la capacitación, y con ello el marco jurídico de referencia para defensores, ministerios públicos, jueces y autoridades indígenas, acerca de los medios que existen para conocer los usos, costumbres y normas indígenas. Debe incluirse un componente sobre sistemas comparados de justicia penal, así como la aplicación del derecho humano al debido proceso, con base en los tratados internacionales y su desarrollo a nivel regional e internacional.
- ii. Asegurar que los operadores del sistema de justicia se basen en los mecanismos existentes en el Código Penal y Procesal Penal para hacer valer el derecho a la diferencia cultural y pertenencia a un pueblo o comunidad indígena. En este sentido, se debe enfocar en el conocimiento y expresión de la perspectiva subjetiva del indígena frente al conflicto que se juzga, así como el contexto diferenciado en que opera. Otro nivel de análisis consiste en la investigación respecto a si la

conducta reprochada, además de ser permisible desde la perspectiva subjetiva del actor, puede ser justificada por su encuadramiento en una obligación normativa que se manifiesta en forma objetiva de acuerdo a las formas locales.¹³

- iii. Iniciar un foro de consulta con los pueblos indígenas para profundizar el conocimiento de los actores del sistema sobre los sistemas de justicia indígena, con el objetivo de diseñar un marco metodológico de análisis que haga entender, al sistema jurídico estatal, el funcionamiento de los sistemas de justicia indígena.
- iv. Formar a antropólogos, lingüistas y otros expertos en las relaciones interculturales y en la práctica forense para que puedan facilitar el entender intercultural entre los dos sistemas de justicia. Al respecto deben desarrollarse pautas básicas para identificar sistemas normativos en contextos comparados, así como los marcos metodológicos para conocerlos.
- v. Implementar en las universidades privadas y públicas la formulación de programas de estudio a nivel de licenciatura y de posgrado, para la formación de profesionales que faciliten el conocimiento de la diferencia cultural.
- vi. Capacitar a los jueces sobre los mecanismos jurídicos y la valoración práctica que debe reflejarse en la sentencia para que se dé cumplimiento a la obligación de tomar en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas.

Todas estas acciones deben partir del respeto profundo al derecho a la diferencia cultural y a la dignidad humana.

1.4 Derecho a la aplicación de una pena alternativa a prisión

La implementación del derecho a que se apliquen sentencias alternativas a la prisión a las personas indígenas encuentra fuertes obstáculos normativos para su puesta en práctica. La dificultad central deriva de que gran cantidad de delitos establecidos en los códigos penales no admiten la aplicación de penas alternativas. Por otra parte, las sentencias alternativas contempladas no refieren al contexto cultural indígena como ámbito para su implementación. Más allá de encomendar a las autoridades indígenas la

¹³ En este caso, se puede establecer que si el sistema normativo indígena exigió, permitió o prohibió al sujeto la realización de la conducta que desplegó, ésta no puede ser imputable al individuo. En tales casos resultará claro que aunque dicha conducta sea reprochable desde los parámetros jurídicos estatales o nacionales, carecerá de los elementos de culpabilidad o antijuridicidad que son constitutivos del delito.

supervisión de sentencias del sistema estatal de justicia, lo que se recomienda es asegurar el derecho real de contar con una sentencia alternativa a la prisión, que se enmarca en el contexto cultural indígena a que pertenece.

Como consecuencia, se recomienda introducir en la legislación nacional un criterio que permita la aplicación de sentencias alternativas a la prisión para personas indígenas que son sentenciadas en el sistema estatal de justicia en un rango mucho más amplio de delitos. El objetivo de esta reforma sería la implementación de este derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT de que México es parte, en aras de aplicar sanciones coherentes con la lógica punitiva y/o conciliadora o reparadora de la comunidad indígena.

Para la aplicación de esta recomendación deben tomarse en cuenta las condiciones particulares de la rehabilitación en el contexto cultural diferenciado, así como las recomendaciones de la autoridad indígena de la comunidad respectiva en cuanto a las sentencias alternativas disponibles en el contexto cultural propio de la persona afectada. La consulta a los pueblos indígenas, así como las experiencias comparadas¹⁴ en esta materia, constituirían otros medios importantes para instrumentar jurídica y prácticamente la implementación de este derecho.

Convendría encargar a un equipo multidisciplinario el estudio de este tema para determinar las formas posibles de canalización e implementación de las penas alternativas a la prisión, y en caso necesario apoyar a las comunidades indígenas con medios que hagan efectivas estas sentencias con respecto a la finalidad reparadora y reintegradora de la sentencia. Este estudio serviría, a su vez, como estudio de factibilidad de la legislación respectiva que se requiera para su implementación.

1.5 Derecho a la defensa adecuada y su relación con el derecho al traductor o intérprete

Como resultado del diagnóstico se observa que existen debilidades estructurales y prácticas sistemáticas que impiden la efectiva implementación del derecho a la defensa tanto respecto a las personas indígenas como no-indígenas, aunque en el caso de las personas indígenas éstas se ven mayormente afectadas. Las debilidades estructurales del proceso penal, tales como la delegación de funciones jurisdiccionales en personal no judicial, la consecuente falta de intermediación del juez con la prueba y la aplicación rígida de reglas de valoración de la prueba que socavan la presunción de inocencia e impiden la igualdad procesal, han impulsado la iniciativa por reformar el proceso penal en Oaxaca. Estos mismos obstáculos perjudican el ejercicio del derecho a la defensa y

¹⁴ Véase, *Aspectos sociológicos, criminológicos y jurídico-penales de los pueblos aborígenes de Canadá*, Ángela Vázquez de Forghani, Instituto Nacional de Ciencias Penales (2002), págs. 99-120.

en especial en el caso de los indígenas, quienes deben superar, además, barreras lingüísticas y culturales para comprender y hacerse comprender en los procedimientos.

Dada la importancia que tiene el derecho a la defensa para potenciar los demás derechos indígenas analizados, resulta preocupante la sistemática negación en la práctica del acceso temprano al defensor, así como la falta de acceso oportuno para a la consulta privada con éste, y como consecuencia para asesorarse y participar plenamente en la defensa. Estos obstáculos para el ejercicio práctico del derecho a la defensa quedan comprobados al constatar no sólo la ausencia de pruebas ofrecidas por la defensa y relacionadas con la diferencia cultural (como se evidencia al examinar los expedientes de las 740 personas indígenas encuestadas),¹⁵ sino también por la limitada interpretación del alcance del derecho a "tomar en cuenta" que se evidencia de las entrevistas a los actores del sistema, así como de las limitaciones de la misma legislación secundaria al respecto.

En este esquema es el defensor –quien se encuentra más cercano al inculpado– el que debe esforzarse por superar las lógicas jurídicas que impiden el ejercicio de los derechos indígenas obligados por la ley, así como las barreras lingüísticas, de cultura, de concepción e inclusive de distancias físicas y de tiempo que obstaculizan la adecuada defensa de los indígenas ante el sistema estatal de justicia penal. En este contexto, y más allá de las obligaciones del ministerio público y la judicatura, incumbe a la defensoría pública asumir una actitud activa en la investigación del caso, y por lo tanto dotarse de equipos profesionales multidisciplinarios que puedan asegurar la comunicación intercultural de las defensas.

A la luz de estas conclusiones, se recomiendan las siguientes acciones:

- i. Que tanto el policía como el ministerio público aseguren el derecho de acceso a la defensa desde el momento de la detención. El detenido debe ser informado en el momento de su detención que tiene el derecho de consultar privadamente con su defensor, y con suficiente antelación para asesorarse y permitir la preparación de su defensa. Esta consulta debe ser oportuna, inclusive antes de que el inculpado tenga que determinar si va a rendir o no su declaración en sede ministerial,¹⁶ así

¹⁵ Sólo 12 casos contienen peritajes respecto a la diferencia cultural –tres del fuero común y 9 del fuero federal– y éstos casi exclusivamente dirigidos a constatar la "marginación social o económica" del procesado, o su ignorancia. Mientras es razonable concluir que no en todos los casos existen elementos culturales que deben ser sujetos a examen pericial, cuando se combina este dato con la falta de servicios de traducción o interpretación, la poca claridad sobre el alcance del derecho a la jurisdicción indígena o de tomar en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas en el sistema estatal, y la gran cantidad de casos examinados, se puede afirmar que existe un nivel importante de invisibilidad de lo indígena en la elaboración de los procedimientos penales estatales que necesariamente va en detrimento al ejercicio del derecho a la defensa.

¹⁶ Respecto a esta recomendación, sustenta un cambio en la práctica la jurisprudencia de 2006 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y citada en el texto de la correspondiente sección del informe sobre el derecho a consulta previa con el defensor.

como cualquier otra actuación de parte del inculpado que implique la toma de decisiones en el desarrollo de su defensa. Para el cumplimiento de esta recomendación, la defensa pública debe contar con los recursos humanos y materiales necesarios de manera que se asegure la pronta entrega de este servicio.

- ii. Que el Estado organice a la defensa pública de manera que se asegure su autonomía de actuación, la calidad de la defensa¹⁷ y la continuidad de la misma en cada caso, bien sea mediante la concentración de la defensa en un solo defensor, o mediante el traspaso físico y sustantivo inmediato de los casos al nuevo defensor de manera que se garantice la implementación de una estrategia integral de defensa en todo momento.
- iii. Que el Estado garantice la calidad de la defensa mediante la creación de sistemas de selección, capacitación y evaluación de desempeño de los defensores públicos,¹⁸ así como un código de ética para todos los que ejercen la defensoría pública.¹⁹
- iv. Que el Estado federal y las entidades federativas, mediante la aprobación por las legislaturas correspondientes de los recursos necesarios, provean los servicios de investigación, traducción e interpretación necesarios e idóneos para instrumentar adecuadamente la defensa de indígenas. Para ello, deben realizar estudios de necesidad y proponer modelos de entrega de estos servicios las instituciones interesadas de los poderes federal y estatal, tales como la defensoría pública, las procuradurías de justicia y el poder judicial, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. A fin de facilitar la entrega de estos servicios desde una perspectiva integral, deben coordinarse las propuestas entre estas instituciones e incluir en el estudio los insumos de expertos en materia de relaciones interculturales, como se ha mencionado en relación con las otras recomendaciones.

¹⁷ En el caso del Instituto Federal de Defensoría Pública, su ley se establece que: "Para la prestación de los servicios de defensoría pública, se crea el Instituto Federal de Defensoría Pública, como órgano del Poder Judicial de la Federación. En el desempeño de sus funciones *gozará de independencia técnica y operativa*." Artículo 3, Ley Federal de Defensoría Pública.

¹⁸ La Ley Federal de Defensoría Pública también prevé que el Instituto implemente sistemas de selección, capacitación y evaluación de defensores. Cuenta además, con un servicio civil de carrera.

¹⁹ Como referencia para el establecimiento de tal código se debería consultar los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados*, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990. De acuerdo con este instrumento, se considera "que la protección apropiada de los derechos humanos y las libertades fundamentales que toda persona puede invocar, ya sean económicos, sociales y culturales o civiles y políticos, requiere que todas las personas tengan acceso efectivo a servicios jurídicos prestados por una abogacía independiente". Este instrumento refiere que los principios básicos fueron "formulados para ayudar a los Estados Miembros en su tarea de promover y garantizar la función adecuada de los abogados, [y] deben ser tenidos en cuenta y respetados por los gobiernos en el marco de su legislación y práctica nacionales".

v. Que en el corto plazo:

- a. Las defensorías públicas desarrollen un protocolo que oriente la posible actuación del defensor durante los procedimientos, acorde con los estándares internacionalmente reconocidos sobre el debido proceso y el derecho a la defensa, abarcando la implementación de los derechos indígenas;
- b. las instituciones públicas pertinentes, tales como el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, universidades públicas, etcétera., identifiquen, capaciten y acrediten, en su caso, a personas idóneas para prestar servicios de traducción, interpretación o realizar peritajes jurídico-antropológicos u otros relevantes para la defensa de personas indígenas;
- c. Se comprometan fondos para asegurar servicios de investigación para la defensa de todos los procesados, inclusive para el traslado de los defensores o sus auxiliares, y para servicios de traducción e interpretación y de peritajes en el caso de las personas indígenas, así como para la capacitación de los defensores y el fortalecimiento de las defensorías públicas; y,
- d. Se diseñen e impartan cursos de orientación a los actores del sistema, en el marco de la capacitación profesional de las respectivas instituciones, sobre el alcance y la operación del derecho a la defensa para los indígenas, y en particular que el Estado proporcione, por los medios idóneos, una formación en derechos indígenas y los principios generales de los sistemas normativos de las comunidades indígenas a los defensores de oficio y particulares, para que desde los primeros momentos del procedimiento tengan elementos mínimos para identificar las cuestiones que sean relevantes para el diseño de una estrategia de investigación, seguimiento y de defensa de los indígenas a quienes representan ante los tribunales estatales.

1.6 Derecho al traductor o intérprete

Entendida la necesidad del traductor más allá de un problema de diferencia lingüística y como una medida adecuada a la mutua comprensión intercultural de un Estado pluralista, se puede concluir que, en algunas entidades federativas con población indígena importante, se requiere la asignación de recursos financieros y humanos para posibilitar la realización de procesos judiciales en forma bilingüe sobre todo respecto a las lenguas indígenas mayoritarias de cada entidad.

Respecto a la implementación del derecho al traductor o intérprete, el diagnóstico concluye que ha sido poco instrumentado a pesar de la evidente necesidad de estos servicios para garantizar la efectiva implementación de todos los otros derechos examinados. A pesar de que 91% de los indígenas encuestados hablaban un idioma indígena, sólo alrededor de 16% de este grupo reportó haber contado con traductor o intérprete en algún momento del proceso, percepción que se refuerza al examinar lo registrado en los expedientes respecto a la solicitud o presencia de traductores o intérpretes en las actuaciones.

Esta deficiente implementación del derecho a traductor o intérprete se debe, en gran parte, a que no siempre se identifica la necesidad de la presencia de un traductor o intérprete, ya que no se distingue entre los grados de dominio, expresión o comprensión del español por parte de los indígenas bilingües. Por otra parte, el sistema tampoco distingue la dimensión cultural de la interpretación.

En el caso de que sí sea identificado, no se cuenta con un sistema de provisión de servicios de traducción o interpretación que prevea la disponibilidad de la variedad de idiomas indígenas y sus variantes en los momentos en que sus servicios son requeridos, tales como audiencias judiciales, consultas privadas entre inculpado y defensor, o durante la investigación conducida por el ministerio público o, en su caso, la defensa.

Claramente, la cuestión de la necesidad del traductor o intérprete es mucho más compleja de lo que pareciera a simple vista, sobre todo cuando se considera que el tomar en cuenta la perspectiva indígena en un proceso penal depende de que la persona indígena pueda comunicar al tribunal la lógica de un contexto social, cultural, político y jurídico diferente. Como consecuencia, la falta de traductor o intérprete idóneo para los indígenas en el sistema penal pone en cuestión la confiabilidad de las actuaciones en las que participan, aun cuando tengan algún grado de dominio del español. Asimismo, la falta de un traductor o intérprete cuando éste sea necesario obstaculiza la comprensión de los procedimientos y, por lo tanto, de la oportunidad de participar activamente en la defensa.

Estas conclusiones sobre los obstáculos a la implementación efectiva del derecho a traductor o intérprete, conduce a las siguientes recomendaciones:

- i. Que los actores del sistema de justicia respeten el derecho de los indígenas a expresarse en el idioma que les permita la mayor posibilidad de participación en su defensa, independientemente de que tengan cierto dominio del español.
- ii. Que el criterio básico que los actores del sistema consideren para determinar el uso de intérprete o traductor en el proceso sea la preferencia del procesado y que ésta se dé a conocer en audiencia pública con la presencia e intermediación del juez y del defensor durante el proceso. Para los casos en los que haya una negativa del indígena para el ejercicio de este derecho, se recomienda la existencia de criterios periciales claros para determinar la necesidad del uso de traductor o intérprete.

- iii. Estos servicios deben ofrecerse al inculpado para que comprenda y se haga comprender en la comunicación libre y privada con su defensor desde el momento de su detención y durante la averiguación previa y el proceso, con la finalidad de que pueda comunicar su versión de los hechos desde la perspectiva de su contexto diferenciado. Asimismo, deben utilizarse traductores o intérpretes en las audiencias en que esté presente el inculpado, para asegurar su plena comprensión de lo que sucede en el procedimiento.
- iv. Debe formarse un servicio integral de traducción acorde con criterios de ejercicio profesional, independiente y de calidad, que cuente con los recursos necesarios para cubrir la demanda de estos servicios.
 - a. En el corto plazo se deben desarrollar perfiles de traductores e intérpretes capaces de llevar a cabo un verdadero diálogo intercultural en los procesos jurisdiccionales en donde participen indígenas mono o bilingües e identificar a personas con ciertas características mínimas para desempeñar estos cargos, mientras se desarrollan los cursos de capacitación y sistemas de acreditación para ese personal especializado. El Instituto Nacional de Lenguas Indígenas tiene un mandato que corresponde a esta tarea, pero debe contar, además, con contrapartes institucionales en las entidades federativas para articular e implementar efectivamente las propuestas de perfiles profesionales referidos.
 - b. En el corto plazo, las instituciones de justicia deben destinar parte de sus recursos para el traslado y remuneración de las personas identificadas como aptas para desempeñar el cargo de traductor o intérprete, quienes en el corto y mediano plazo deben recibir una formación que acredite su aptitud para ese trabajo.
 - c. Se recomienda implementar inmediatamente la exigencia de la presencia física e intermediación del juez en el desahogo de las audiencias que involucran a personas bilingües y cuando se hace uso de traductores o intérpretes, con la finalidad de mejorar la calidad de la comunicación de la persona indígena con el tribunal, y en todo caso poder percatar los problemas de comunicación existentes y, como garantía de este derecho, tomar acciones inmediatas para superarlas. No es un remedio efectivo la reposición del proceso por falta de una adecuada comunicación, ya que genera mayores costos tanto económicos como en términos de celeridad procesal.
- v. Que se diseñe e implemente un sistema de provisión de servicios de traducción e interpretación para asegurar este derecho durante todos los procedimientos penales.

Es obligación del juez asegurar que se cumpla con ese derecho, y de la defensa de objetar cualquier restricción al mismo que menoscabe otros derechos como el de la defensa y, en especial, el derecho a un trato digno. El ministerio público debe, también, velar por el cumplimiento de tal derecho. De parte de las legislaturas, éstas deben aprobar la legislación, así como los recursos para que el sistema de justicia cuente con los servicios de traducción e interpretación necesarios. Los gobiernos tanto estatal como federal deben promover la formación de estos servicios independientes y profesionales.

Al considerar el modelo para la entrega de dichos servicios, debe considerarse la formación de un instituto profesional e independiente que, además de contar con personal profesional, pueda generar capacitación continua así como estándares de competencia y ética profesional. Más allá de la preferencia de que haya abogados y jueces bilingües que tengan conocimiento también de las respectivas culturas indígenas, y no obstante la existencia de un instituto público que provea de tales servicios, se debe considerar ubicar un complemento básico de personal de planta en las respectivas instituciones de justicia penal, incluida la policía, que cuente con experticia en los idiomas mayoritarias de la región en donde se encuentran ubicados.

La defensoría pública debe contar con traductores o intérpretes para propósitos de las actuaciones propias de la defensa, tales como la consulta con el cliente o la realización de visitas de investigación en el terreno. De la misma manera, las procuradurías de justicia deben tener un mínimo de personal para apoyar el trabajo de investigación. En todos los casos este personal debe ser certificado de acuerdo con estándares objetivos y éticos de empeño profesional como traductor o intérprete en el sistema de justicia.

1.7 Derecho a la seguridad e integridad personal y a la libertad

Al analizar el cumplimiento de estos tres derechos en la práctica, se concluye que la existencia de una ley penal que castiga la tortura es insuficiente para prevenirla. En este mismo sentido, el Protocolo Facultativo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros tratos Crueles, Inhumanos y Degradantes, por propuesta del gobierno de México, prevé la conformación de un mecanismo nacional de prevención de la tortura.²⁰ De hecho, este diagnóstico indica que los mayores factores de riesgo para la tortura se encuentran en los espacios libres de supervisión o controles durante la detención inicial. Este análisis confirma la tendencia reportada por otras fuentes, según la cual la tortura, como violación a los derechos humanos, ocurre con más frecuencia después de la detención y antes de la declaración en el ministerio público, a manos de la policía ministerial o de investigación.

²⁰ Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, artículos 17 al 23.

Entre los factores de riesgo se señala de manera importante la incomunicación del inculpado desde la detención hasta su remisión al ministerio público. El control constitucional de detención por un límite de 48 horas en el ministerio público no abarca el tiempo del traslado al ministerio público. A pesar del requerimiento de que la detención extrajudicial o por orden de aprensión resulte en la remisión inmediata de la persona ante la autoridad pertinente, no parecen existir controles administrativos efectivos que permitan ubicar al detenido desde el momento de su detención o que le permitan comunicarse en forma inmediata con su abogado, un miembro de su familia u otra persona independiente. De hecho, la lógica de aislamiento que mantiene el proceso en la práctica durante el período anterior a la toma de la declaración ministerial, ha conducido a la efectiva incomunicación de personas precisamente en los momentos en que más riesgo existe de que sean torturadas o maltratadas.

Otros factores de riesgo significativos incluyen la aplicación rígida del principio de inmediatez, la falta de un procedimiento exclusivamente destinado a examinar las circunstancias en que fue rendida la confesión irrespectivo del grado de la certeza de los hechos relatados, y la carencia de una sanción procesal relevante para desincentivar este tipo de prácticas en relación con la declaración del indiciado. Por otra parte, el diagnóstico demuestra que no se investigan las quejas de actos de tortura o malos tratos cuando son manifestadas en el tribunal, y contrario a la creencia general, la denuncia de la tortura no redunde en ningún beneficio procesal para el afectado. Finalmente, los resultados del diagnóstico indican, además, que ser indígena constituye un factor significativo de riesgo para la tortura.

Respecto a la situación constatada por este análisis, se hacen las siguientes recomendaciones:

- i. Que se implemente a nivel de cada estado un registro centralizado de personas detenidas, al que las policías deban proporcionar la información relevante sobre cualquier detención —mediante radio, teléfono u otro medio idóneo— en el momento o inmediatamente después de realizarla. Esta información deberá ser centralizada de manera que se fije la hora y lugar exactos de la detención, para facilitar la provisión de información a los familiares y al abogado del detenido para que aquellos puedan comunicarse con él. Este registro centralizado también permitirá una mejor supervisión, tanto interna como externa, de la actuación policial durante el período que se ha demostrado presenta el mayor riesgo para la tortura dentro del sistema penal.
- ii. Es preciso asegurar la más temprana intervención del abogado defensor a partir de la detención, como medida de protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes. Varias instituciones deben intervenir en el cumplimiento de esta recomendación, misma que requiere una coordinación del sistema

de justicia en su totalidad. Mientras las defensorías deben proveer estos servicios y organizarse para responder a la demanda, los jueces deben controlar el cumplimiento de esta garantía, en tanto a los agentes del ministerio público también les incumbe velar por que ese derecho se cumpla en la práctica. Aun cuando se cuenta con normas legales para incrementar la orientación a estos servidores públicos, deben desarrollarse, además, guías profesionales y éticas o reglamentos institucionales que proyecten los posibles escenarios de indefensión que puedan surgir y sus obligaciones respectivas de respuesta.

- iii. Contemplar, dentro del proceso penal, un procedimiento que asegure la supervisión judicial de las circunstancias y condiciones en que fue rendida la declaración inculpativa del inculpaado en el ministerio público, con la sanción de su exclusión como prueba cuando se haya obtenido mediante tortura u otro tipo de coacción, aun y cuando existan otros elementos que la corroboren. La carga de la prueba de la voluntariedad de la confesión debe ser depositada en el acusador, sin que sea suficiente el principio de inmediatez y la fe pública del ministerio público para cumplirla. Es menester notar en cuanto a esta recomendación que el recién aprobado Código de Procedimientos Penales de Oaxaca sólo otorga valor probatorio a las declaraciones rendidas ante el juez en forma voluntaria y con la presencia y asistencia previa del defensor.²¹
- iv. Los agentes del ministerio público deben evitar utilizar pruebas que sepan o "tengan sospechas fundadas de que fueron obtenidas por métodos ilícitos que constituyan una violación grave de los derechos humanos del sospechoso, especialmente torturas, tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes".²²
- v. Se debe diseñar e implementar la capacitación a servidores públicos que identifiquen los tipos de comportamientos que son prohibidos²³ bajo la Convención de las

²¹ "Artículo 138. Oportunidades y autoridad competente. Si el imputado ha sido aprehendido se le deberá recibir la declaración inmediatamente. A lo largo del proceso, el imputado tendrá derecho a no declarar o a declarar cuantas veces quiera, siempre que su declaración sea pertinente y no constituya una medida dilatoria del proceso.

En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar a la policía o al Ministerio Público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirijan con respecto a su identificación.

En todos los casos la declaración del imputado sólo tendrá validez si es prestada voluntariamente ante un juez y es realizada en presencia y con la asistencia previa de un licenciado en derecho defensor."

²² Directrices sobre la Función de los Fiscales aprobadas por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, párrafo 16.

²³ "4. El Pacto [Internacional de Derechos Civiles y Políticos] no contiene definición alguna de los conceptos abarcados por el artículo 7, ni tampoco el Comité considera necesario establecer una lista de los actos prohibidos o establecer distinciones concretas entre las diferentes formas de castigo o de trato; las dis-

Naciones Unidas y la Interamericana contra la Tortura, al tiempo que les entrena en técnicas policiales efectivas que son también respetuosas de estos derechos humanos.

vi. Formar personal especializado en la investigación de la tortura o malos tratos, e iniciar investigaciones tanto administrativas como penales cuando se tenga conocimiento de un posible hecho de este índole.

vii. Asegurar la calidad de los exámenes para la documentación de secuelas físicas y psicológicas,²⁴ así como la investigación de las circunstancias y los responsables por la tortura y el maltrato. Para ello, se requiere además la capacitación de personal médico y profesionales en psicología para administrar efectivamente dichos exámenes. Estos servicios periciales deben estar disponibles tanto para la acusación como para la defensa y debe asegurarse su imparcialidad, independencia y autonomía en su función.

viii. Reparar el daño aun cuando no se haya identificado al responsable o no se haya logrado una condena penal del responsable de la tortura. Esta es responsabilidad del Estado y se debe prever la creación de un fondo de reparación del daño para las víctimas de ese delito, en consideración especialmente del tipo de consecuencias profundas que genera la tortura.

1.8 Derechos de las mujeres indígenas

El diagnóstico no ha podido concluir específicamente sobre la perspectiva de las mujeres indígenas respecto al cumplimiento de los derechos examinados en este informe, ya que si bien se incluyó a un número importante de mujeres en la encuesta, el univer-

tinciones dependen del índole, el propósito y la severidad del trato aplicado." "10.... El personal encargado de aplicar la ley, el personal médico, los funcionarios de policía y cualesquiera otras personas que intervinen en la custodia o el trato de toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión deberán recibir una instrucción y formación adecuadas." *Observación General N° 20, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7 - Prohibición de la Tortura u otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*, 44° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, pág. 173 (1992).

²⁴ Se realizó en Oaxaca del 11 al 13 de mayo de 2006 un foro sobre la aplicación del *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de las Naciones Unidas*, para peritos médicos y psicólogos de la PGJ de Oaxaca y otros independientes. El foro fue auspiciado por la OACNUDH-México, gracias al apoyo financiero de la Unión Europea, por la Procuraduría General de Justicia de Oaxaca y la Subprocuraduría de Derechos Humanos de la Procuraduría General de la República. Sin embargo, a la fecha no se han emitido instrucciones para la aplicación obligatoria del referido Protocolo en la Procuraduría General de Justicia de Oaxaca.

so de encuestadas no es representativo. Por otra parte, el diseño de los instrumentos de recopilación de información no profundizó en las experiencias específicas de las mujeres en reclusión. Sin embargo, la versión pública de la base de datos de este diagnóstico contiene información cuyo análisis podrá aportar elementos importantes para orientar un futuro estudio sobre la implementación de los derechos de la mujer indígena respecto a los derechos examinados en este informe. Con ello, se podrán reconocer las diferencias en la experiencia y situación de ambos géneros, identificándolas y generando respuestas a las inquietudes y necesidades particulares de la mujer, y en particular la mujer indígena, en cuanto al acceso a la justicia.

Con base en lo anterior, se recomienda que las instituciones del gobierno con experticia en materia de justicia, derechos indígenas y de género formen un equipo interinstitucional²⁵ para emprender este ejercicio de análisis y profundizar en el estudio de la situación de los derechos de la mujer indígena y el acceso a la justicia, con la finalidad de informar el diseño de políticas públicas que redundarán en la protección adecuada sus derechos.²⁶ En esta tarea sería importante que las instituciones académicas, las organizaciones de la sociedad civil y la comunidad internacional aportaran sus conocimientos, para asegurar el beneficio de la experiencia adquirida en esta materia respecto al contexto nacional, así como la experiencia comparada de otros países y a nivel internacional.

²⁵ El Instituto Nacional de la Mujer, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y las instituciones del sistema de justicia deberían de involucrarse en este esfuerzo.

²⁶ El Instituto Nacional de la Mujer apoyó la realización de un documental sobre mujeres indígenas en reclusión, titulado *Deshilando condenas, bordando libertades*, producido por el Grupo de Estudios sobre la mujer Rosario Castellanos. Este documental hace surgir una serie de inquietudes que deben ser tomadas en cuenta al profundizar en la situación de acceso a la justicia para mujeres indígenas.

Guías para el entrevistador

- 171 Guía para entrevista a autoridades de justicia indígena**
- 181 Guía para entrevista a actores del sistema: jueces, magistrados, agentes del ministerio público y defensores**
- 183 Guía para entrevista a abogados de organizaciones de la sociedad civil**
-
- 187 Cuadro comparado Normatividad Estatal y Derechos Indígenas**

Guía para entrevista a autoridades de justicia indígena

¿Para qué sirve esta guía?

Esta guía es un documento de apoyo a miembros de equipos que realizarán entrevistas en comunidades en Oaxaca. La guía está organizada bajo las preguntas más comunes que podrían tener los entrevistadores. El documento especifica por qué se realizarán las entrevistas, a quiénes debe buscarse entrevistar, y cuáles son los temas que se busca documentar con la entrevista. La guía también resume algunos consejos prácticos de cómo llegar a la comunidad y cómo realizar entrevistas a profundidad de forma ordenada.

¿Cuáles son los objetivos generales de estas entrevistas?

- Documentar principios, valores, fines y procedimientos comunes a la justicia indígena en Oaxaca, con el fin de dar a entender su lógica y construcción como sistema.
- En el contexto del proyecto a mediano y largo plazo se espera contar con información que permita desarrollar estrategias de defensa de indígenas procesados penalmente en el sistema de justicia estatal, con el fin de mejorar la protección de los derechos indígenas.
- También a mediano y largo plazo se espera fortalecer el respeto de las autoridades de la

justicia estatal hacia el derecho indígena, medido como sensibilidad para reconocer la validez de las resoluciones de la justicia indígena y los valores subyacentes.

¿Cómo deben prepararse los equipos antes de la visita?

- Estudiar y discutir los temas de la entrevista y las hipótesis sobre los mismos.
- Leer y discutir el paquete de lecturas sobre justicia indígena que les será entregado durante la capacitación.
- Participar en la capacitación sobre técnicas de entrevista, destrezas de escuchar y destrezas de lenguaje de comprensión y anotación. Capacitación sobre cómo abordar el uso de un traductor.
- Los miembros del equipo deben elegir quién asumirá el papel de entrevistador y quién el papel de anotador. El primero será el responsable de conducir la entrevista y de cubrir los temas a tratar con el entrevistado. El anotador será el principal responsable de registrar y reportar los resultados de la entrevista.

¿Qué deben hacer los miembros del equipo de entrevistadores al llegar a la comunidad?

- Deben buscar al agente municipal u otra autoridad local y pedir permiso para realizar las entrevistas. A esta persona debe anticipársele que se realizarán varias entrevistas dentro de la comunidad. Los perfiles de personas a entrevistar se encuentran en la siguiente sección. Este acercamiento debe identificar si hay personas dentro de la comunidad a las que se requiera pedir permiso.
- Si se requiere traductor para la entrevista una posibilidad es que sea el secretario de la comunidad. En lo posible los equipos se integrarán por lo menos una persona que habla el idioma del lugar a ser visitado.
- Establecer un lugar y momento adecuado para realizar las entrevistas. Buscar un lugar cómodo que el entrevistado seleccione y estar preparado para esperar antes de empezar.

¿A quiénes se busca entrevistar?

- Alcalde municipal, operador de justicia.
- Consejeros de la asamblea.
- Líder de la comunidad.

¿Qué debo hacer en mi papel de entrevistador o conductor del diálogo?

1. Iniciar la entrevista con una fórmula de presentación. La fórmula o introducción no debe ser leída y debe ser dicha en términos sencillos. La fórmula debe dejar claro que los entrevistadores no son autoridades y debe reflejar el interés en conocer más sobre la justicia indígena. La fórmula puede inspirarse en el siguiente texto:

“Nosotros trabajamos para una organización internacional que promueve el entendimiento y la igualdad entre los pueblos. La oficina en la que trabajamos se llama la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y como le decía busca el respeto de las normas de todos los pueblos y culturas, incluyendo las normas, las tradiciones y valores de su comunidad. Yo soy _____ y soy de _____ mi compañero se llama _____ y es de _____.

Como parte de nuestro trabajo tenemos el mayor interés en estudiar y conocer la forma en cómo resuelvan asuntos en su comunidad. Por eso nos gustaría que nos explique con mucho detalle la información que es importante para darla a conocer a quien no la conoce o no la entiende.

A nuestra organización le interesa que se valore y se respeten las decisiones de su comunidad. Nos interesa también concientizar sobre los aportes de la justicia indígena a la convivencia y bienestar en su comunidad y los obstáculos que también pueden existir.

Los resultados de nuestro estudio se los haremos saber al gobierno de Oaxaca y al gobierno federal para que los tome en cuenta. Vamos a presentar los resultados de nuestras entrevistas en Oaxaca y nos gustaría que usted asistiera. Cuando llegue ese momento se les hará la invitación.

¿Le gustaría participar en —ayudarnos con entrevista? Después de hablar con usted quisieramos también hablar con X y con Y para que nos den su punto de vista. ¿Le parece bien?

2. En todo momento mantener una actitud de respeto, de interés, de atención, actitud sincera de estar a la escucha. Asentir, reflejar lo que se escucha sin cuestionar, ni analizar ni aconsejar. Mantener una postura relajada que demuestre interés pero que no sea exigente ni impaciente (no cruzar los brazos, por ejemplo, o mirar hacia otros lugares).
3. Respetar silencios.
4. Dar tiempos al entrevistado para que profundice.
5. Agotar todos los temas clave, siendo flexibles para que la persona divague un poco pero siempre reconduciendo la entrevista hacia nuestros temas de interés.
6. Abarcar los temas de una forma concreta motivando a que el entrevistado nos hable de lo que hace y de su experiencia personal. Evitar las discusiones teóricas.
7. Al preguntar no usar términos del sistema legal estatal porque se envía el mensaje de que se desconoce o se desdén su sistema, o que el sistema estatal es el punto de referencia. Por lo tanto, usar el mismo lenguaje que le da el entrevistado, pidiendo definiciones para aclarar conceptos cuando sea necesario.
8. Recordar que los temas básicos pueden preguntarse de diferentes maneras dependiendo del contexto y de la persona específica.
9. Procurar tener sensibilidad y empatía hacia circunstancias específicas que pueden acontecer en el momento, tanto al informante como a la comunidad (tragedias personales o de la comunidad).
10. Abrir una oportunidad para que el anotador pueda entrevistar, aclarar dudas o complementar la entrevista.
11. Usar una fórmula de salida que agradezca

y reitere nuestra introducción, es decir, que nos es muy importante y valioso lo que nos ha aportado y que lo tomaremos en cuenta para este estudio.

12. La entrevista se termina cuando hayamos agotado los temas, a menos que la persona entrevistada decida terminar o sea evidente que es muy inconveniente insistir en seguir con la entrevista.
13. Se espera que la entrevista sea de mínimo 2 a 3 horas.

¿Cuáles son las recomendaciones para el anotador de la entrevista?

1. Anotar fecha lugar, hora, nombre de las dos personas que participaron en la entrevista y cómo se dividieron los papeles.
2. Anotar información del entrevistado, nombre, edad, cargo.
3. Permanecer la mayor parte de la entrevista en silencio, anotando y en actitud de escucha cuando se levante la vista.
4. Anotar respuestas textualmente, de la manera más literal. Usar los términos que los entrevistados usan.
5. Si tiene alguna duda sobre las respuestas poner una marca de pregunta y aclarar estos puntos al final de la entrevista cuando el conductor dé la pauta.
6. Si la entrevista se conduce en idioma indígena con traductor anotar si el traductor agrega, omite o interpreta la información.
7. Al final de la entrevista poner la duración.
8. Al final de la entrevista anotar observaciones y comentarios.
9. Lo más pronto posible tener una reunión entre los dos entrevistadores, para que discutan y reporten observaciones y discutan los resultados de la experiencia.

10. Lo más pronto posible transcribir la entrevista bajo el formato de temas, diferenciando muy bien las expresiones y respuestas del entrevistado de los comentarios y reflexiones de los entrevistadores.

¿Cuáles son los temas que serán tratados en la entrevista?

La entrevista debe cubrir los siguientes temas:

- Autoridades/personas que resuelven asuntos en la comunidad.
- Procedimiento o pasos para resolver un asunto dentro de una comunidad.
- Efectividad del derecho indígena y satisfacción de expectativas de las personas que acuden a él.
- Puntos de contacto y articulación entre el derecho de las comunidades o derecho indígena con el derecho estatal y federal.

¿Cómo abordar los temas y cuáles son algunas respuestas posibles?

El entrevistador debe seguir las recomendaciones que den fluidez a la entrevista. Es decir, no es recomendable tratar de sujetar a nuestro entrevistado a contestar un cuestionario en orden. Sin embargo, aquí sugerimos algunas preguntas que pueden formularse durante el curso de la entrevista. A estas preguntas les llamamos "preguntas detonadoras". Además de estas preguntas, incluimos, bajo los subtítulos de "hipótesis", cuáles son algunas respuestas que podríamos esperar. Estas hipótesis intentan resumir la investigación que

han realizado antropólogos, abogados y otros observadores de la justicia indígena. Debe quedar claro que las hipótesis son un escenario posible pero no el único. Es decir, no debemos forzar a que nuestro entrevistado responda como creemos que va a responder. Es muy importante reportar, lo más fielmente posible, la perspectiva de las personas que entrevistemos.

I. Autoridad Indígena

Preguntas detonadoras sobre Autoridad:

- ¿Cómo se llega a ser nombrado en el cargo que usted ocupa?
- ¿Cuáles son las cosas que hacen favorecer o no que sea nombrado en este cargo?
- ¿Cuáles son las responsabilidades de un miembro de la comunidad en este cargo?
- ¿Cuáles son los límites de su actuación?
- ¿Qué consideraciones le guían en su actuación – o cuáles son los objetivos del cargo que desempeña?
- ¿Qué relación tiene usted con la asamblea y con los otros cargos comunitarios?
- ¿Qué relación tiene con cargos electorales o del sistema estatal? ¿Y, en qué circunstancias se dan estas oportunidades de relación?

En todos los casos se puede pedir ejemplos para fines de contextualización o aclaración.

Preguntas detonadoras sobre Intervención de la Autoridad

- ¿En su cargo qué tipo de asuntos ha atendido usted?¹

¹ Aquí el entrevistador debe tomar en cuenta que la visión amplia con que cuenta la justicia indígena conducirá a que se incluyan asuntos que no caen dentro de la conceptualización estatal de lo que abarca lo "penal". Por otro lado, habría que tomar en cuenta el tipo de delitos que la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Oaxaca cede a la autoridad comunitaria indígena, para ver si están siquiera atendiendo estos tipos de situaciones. Se anexa la lista de delitos que dicha ley considera como de la jurisdicción indígena.

¿Cuáles han sido las circunstancias en las que conoce el asunto?

¿Qué tipo de acciones ha tomado al conocer de estos asuntos? (puede dar ejemplos de entre la lista o circunstancias que ya le ha narrado al entrevistador).

¿Qué tipo de acciones han tomado otras autoridades de la comunidad al conocer estos asuntos?

¿Cómo se encarrilan la resolución de los asuntos?

¿Por qué de esa manera? (buscando la enunciación de valores o consideraciones de la autoridad y la contextualización de su actuación).

Esta última pregunta detonadora da pie a la discusión del tema que sigue.

Hipótesis sobre concepto de Autoridad para la resolución de conflictos

Se parte, en el derecho indígena, de un concepto amplio de la autoridad legitimada por la comunidad. Por lo tanto, se encuentra la presencia de una autoridad que se identifica con dos dimensiones de la práctica, las que pueden ser complementarias:

- Por un lado, es "autoridad" la persona designada para un cargo, ya sea por la comunidad o por alguna instancia externa. Tiene mayor legitimidad cuando el nombramiento es hecho por la asamblea comunitaria, aunque puede que ésta designa a personas sin prestigio o competencia como "castigo" por su falta de colaboración con los objetivos comunitarios.
- Por otro lado, existen personajes que tienen autoridad moral, por distintas razones: porque han desarrollado los cargos de toda la jerarquía con eficiencia y ética; porque son

portadores de sabiduría; porque han participado con decisiones o acciones claves para la comunidad, entre otros. Estos son los que detentan el mayor grado de legitimidad en la comunidad.

- Algunas autoridades son nombradas externamente, como pasa con el Alcalde Constitucional, que encabeza el sistema de justicia en muchas comunidades. Generalmente, este nombramiento, aunque debieran hacerlo formalmente las autoridades estatales, se realiza también por usos y costumbres, con el resultado que a veces lleva las dos responsabilidades y termina siendo un punto de articulación entre el sistema indígena y el estatal en materia de justicia.

Hipótesis de cómo llegan a los puestos de autoridad en la comunidad

En general, las autoridades comunitarias se preparan en el servicio, al ir cumpliendo cada uno de los cargos escalafonarios, hasta que alcanzan los más altos. Sin embargo, hay diferencias en las comunidades, ya que la situación de cada una de ellas ha ido provocando cambios sustanciales. Por ejemplo, fenómenos como la migración han llevado a que jóvenes y mujeres cumplan cargos en sustitución de los padres, esposos o hermanos mayores.

Hipótesis de cómo funciona el ejercicio de la autoridad dentro de la comunidad

Una autoridad comunitaria generalmente tiene el respaldo de todos los integrantes de la comunidad; tiene mucho cuidado en el desempeño de su función, pues está sujeto a una contraloría de su gestión directa: la comunidad observa, comenta, analiza y juzga su comportamiento. Asimismo,

existe un mecanismo de contrapeso que norma el funcionamiento de las instancias de autoridad: la rotación de cargos, ya que si en su gestión comete injusticias las sufrirá posteriormente, sobre todo cuando quienes las sufrieron accedan al cargo.

Cuando existen comportamientos de las autoridades que muestran el desequilibrio entre los derechos de unos miembros de la comunidad y otros, como sucede en el caso de mujeres y hombres, no se trata de un asunto estrictamente relacionado con el comportamiento de la autoridad, sino con las normas tácitamente aceptadas por la comunidad. El cambio que se requiere es cultural, de manera que la comunidad reflexione y establezca nuevas perspectivas o lineamientos. Estos procesos son complejos, internos a las comunidades, y abarcan períodos de tiempo mayores a lo que requiere una reforma judicial.

En general, el aprendizaje de estos procesos se da a través de la observación y la asesoría con quienes tienen mayor experiencia. Su fuente privilegiada de información es el conocimiento entre los vecinos y la memoria histórica construida colectivamente; cada una de las personas que desempeñan el cargo como autoridades han sido educadas en función de los mismos valores que subyacen en los procesos de administración de justicia. Por ello, la indagación se puede concentrar, más que con quien aprendió, en quien o quienes lo asesoran y de quienes toman ejemplo para su actuación. Las personas que mencionen serán las de mayor experiencia comunitaria.

II. Procedimiento

Preguntas detonadoras sobre procedimiento

¿Cuáles son los mecanismos, recursos o vías para saber en qué consiste el asunto, y qué son las circunstancias que dieron lugar al asunto?

¿Cómo se logra saber qué acción tomar o qué decir una vez que conozca del asunto?

¿Qué pasos se pueden tomar para llegar a una solución?

¿Quiénes pueden ayudar llegar a una solución?

¿De qué manera ayudan?

¿Qué pasa cuando se llega a una solución y no es respetada?

¿Cómo se sabe cuando no se cumplió?

¿Qué se hace o qué sucede cuando no se acuerda una solución?

Hipótesis de cuándo atiende la autoridad indígena a la resolución de asuntos

Cada una de las autoridades participa directamente, en su carácter de integrante de la comunidad, en las asambleas; en ellas se tratan los asuntos centrales para el bien común. En general, es la asamblea la que le asigna tareas relacionadas con su función cuando se requiere, sobre todo en lo relacionado con gestiones frente al Estado. Muchas de ellas implican la atención a conflictos, pero la responsabilidad de gestión y búsqueda de solución no recae sobre la autoridad, sino que él "encabeza" las comisiones o gestiones.

En general, participa a solicitud de los involucrados. Aunque se conozcan asuntos conflictivos, no interviene en cuanto autoridad, sino como vecino, sobre todo en la crítica a las situaciones.

Hipótesis sobre procedimiento

Anticipamos que el elemento central del procedimiento es la escucha atenta de los argumentos y perspectivas de los involucrados. El papel de la autoridad en ese momento es como *moderador* (verificar a través de la entrevista), preguntando lo necesario para profundizar, pero con una actitud neutral. Sin embargo, la autoridad forma su opinión sobre el asunto, y ésta influye en la manera como prosigue con el caso.

También anticipamos que, aunque los involucrados *se acusan mutuamente, también reconocen responsabilidades*, y la autoridad va resaltando este reconocimiento, a manera de síntesis. Una vez que ambas partes se han sensibilizado con respecto a agravios y responsabilidades, inicia propiamente su intervención, aunque puede hacerlo de distintas maneras:

- a) centrando la discusión entre las partes con respecto a propuestas de solución (qué está dispuesto a hacer el acusado y qué resulta satisfactorio para el agraviado);
- b) formulando reconvenciones a cada una de las partes, y conminándolas a no volverlo a hacer y a perdonar y aceptar responsabilidades;
- c) buscando maneras alternativas de solución cuando alguna de las partes no acepta las propuestas o responsabilidades.

Tales alternativas, generalmente, implican presión social. El mecanismo más socorrido es el llamado de aquellas personas que tienen ascendiente moral (padres, otros familiares, compadres, amigos entrañables) para que escuchen a quien no acepta y lo convezan de hacerlo, si bien suele suceder que esta parte se desarrolle en privado.

Cuando se trata de personas consideradas dependientes (jóvenes, mujeres no casadas, mujeres que dependen del marido o de los suegros, etcétera) se llama a las personas de quienes dependen, y además de las reconvenciones a los implica-

dos, se señalan responsabilidades de atención y reforzamiento de las conductas adecuadas.

Los valores que articulan el procedimiento están enraizados en la cosmovisión indígena, que considera como bien supremo la armonía, la cual se logra en el equilibrio.² *Una autoridad debe comprometerse a lograr soluciones equilibradas, que son aquellas en que lo bueno y lo malo de cada persona emergen con acusaciones, defensa y aceptación de responsabilidades.* La solución debe dejar "en armonía" a ambas partes, lo cual implica soluciones consensuadas. Se busca la reparación, y éste es el castigo que recibe el transgresor.

La reparación se inicia con el reconocimiento de las responsabilidades o agravios, ya que frente a la comunidad esto implica que ambas partes recuperan su credibilidad. En general, la reparación también constituye un reconocimiento de errores, y por lo tanto, una solicitud implícita de comprensión por parte de los otros integrantes de la comunidad.

Algunas sanciones se refieren a la reparación por daños que superan los asuntos profanos: Se ha atentado contra la armonía del cosmos. Estas son las que reciben sanciones severas, entre las cuales se contaban anteriormente las corporales. Este nivel de sanción ha ido desapareciendo en la medida que la dimensión de lo sagrado se diluye o se enraiza en otras cosmovisiones, como la católica.

Los procedimientos para el tratamiento de los asuntos y su solución han ido cambiando, ajustándose a las realidades y entorno comunitario.³ Anteriormente, por ejemplo, se podía castigar con

² En la cosmovisión indígena, el bien o el mal son elementos siempre presentes; en su dimensión absoluta, no son deseables, porque rompen el equilibrio. Una persona absolutamente buena puede sufrir abusos, una absolutamente mala puede hacer mucho daño. En ambos casos, estas personas no aceptarían la conciliación, ni serían capaces de comprender al común de la gente. Nadie está exento de errores, errar es parte de la naturaleza humana, restaurar el equilibrio sólo sucede cuando las personas pueden reconocer sus errores y quejarse de los daños que sufren.

³ Por ejemplo, los emigrantes cumplen sus obligaciones a partir del pago de fiestas o de contribuir con recursos para las obras comunales.

trabajos comunitarios, dado que todos los habitantes tenían su fuente de trabajo en la propia comunidad. Actualmente, muchas de estas sanciones son monetarias, porque los implicados desempeñan actividades fuera de ella.⁴

Cuando una persona no cumple los acuerdos a los que se llegó, generalmente la parte afectada vuelve a plantear el asunto, señalando el incumplimiento. Se reinicia la discusión, llamando a quien no cumplió, para que explique por qué no lo hizo y reitere su disposición a hacerlo. Cuando una de las partes traslada el asunto a la jurisdicción estatal por no estar de acuerdo o no aceptar las propuestas de solución, se hace acreedora a la sanción en términos de opinión pública, ya que se desatan comentarios y señalamientos hacia su conducta, que abarcan también a su familia.

También es común que se formalice el cumplimiento de los acuerdos involucrando a la autoridad, quien se convierte en testigo de calidad o intermediario (cuando se le deposita el dinero de la reparación, por ejemplo).

Cuando las personas no cumplen con obligaciones, pierden sus derechos, entre los cuales el más importante es la pertenencia a la comunidad. Al tratar de regresar o de cumplir con ellos, la autoridad o la asamblea valoran lo que deben hacer para considerar que han saldado la deuda con la comunidad. Por ejemplo, maestros que salen cuatro años a estudiar, al regresar deben cumplir los cargos que durante cuatro años no desempeñaron; en caso contrario no se les toma en cuenta en las decisiones importantes, y aun se les suspenden servicios. *No se ha evaluado si los cambios en el sentido de las sanciones, o aun de*

los procedimientos, provoca cambios de fondo en las concepciones de administración de justicia.

Cuando se imponen castigos por faltas no aceptadas, la persona sujeta a ellos debe cumplirlas obligadamente. A estas sanciones, generalmente, anteceden llamadas de atención o conversaciones tratando de que la persona cumpla con obligaciones o repare daños causados. Algunas veces se ha agotado el procedimiento completo antes de que llegue a la asamblea. Generalmente, no es la autoridad la que impone estas sanciones, sino la asamblea.

El cambio de autoridades implica que las nuevas cuenten con el apoyo y la asesoría de las pasadas autoridades, a quienes se considera con experiencia y con obligación de atender las consultas. La autoridad inmediata anterior traslada la información; a menudo este procedimiento es ritual. Pero cada uno de los salientes sigue teniendo algunas responsabilidades con respecto al entrante, aunque este último puede decidir comenzar de nuevo, sobre todo en términos de valorar la disposición de los involucrados a aceptar las responsabilidades y a cumplir los acuerdos.

III. Satisfacción de los usuarios y efectividad del derecho y sistemas normativos indígenas.

Preguntas detonadoras

¿En cuántos casos que usted ha visto se llega a una solución?

¿En cuántos casos se respeta y se cumple la solución?

⁴ Los mecanismos de reparación monetaria siempre han existido. En el caso de ciertas transgresiones se señalan montos que se relacionan con los recursos normalmente disponibles para una familia. Pero hay dos elementos que forman parte de la reparación, y que no han sido suficientemente evaluados: el señalamiento público al que queda sujeto el responsable y su familia, que a menudo implica ostracismo social, y el reconocimiento de que la víctima no es responsable de lo sucedido, por lo cual no pierde su credibilidad y el respeto.

¿Cuando no están satisfechos los involucrados u otros miembros de la comunidad, qué sucede?
¿Qué apoyo tiene en su cargo, respecto a las soluciones que propone?

Hipótesis sobre satisfacción de los usuarios y efectividad del derecho y sistemas normativos indígenas.

Anticipamos que, en general, la satisfacción con el desempeño de una autoridad se hace mediante comentarios entre vecinos, en lugares públicos, en los que se expresan las opiniones y valoraciones acerca del desempeño de las autoridades, si bien se hace con mesura y cautela. La insatisfacción se expresa de la misma forma. Normalmente, las autoridades se enteran, y esto constituye una vergüenza para la familia.

No pasa así cuando se trata de cacicazgos, en cuyo caso la autoridad tiene su fuente de poder (que es externa a la comunidad) en la imposición de su persona, no en el nombramiento. Aunque en algunos casos comprometen apoyo a la comunidad o se involucran en la solución de conflictos, normalmente se ubican por encima de las instancias comunitarias.⁵

Además de la opinión expresada públicamente, se expresan comentarios acerca de la posibilidad de que, llevando el caso a la autoridad, se logre una solución satisfactoria. Cuando se tienen dudas sobre ello se buscan otras instancias comunitarias, tales como ancianos, abuelos o la asamblea. En general que los casos sean siempre presentados a la autoridad elegida muestra tanto la satisfacción con el

ejercicio del cargo, como la apreciación del mecanismo como vía satisfactoria para tratar los asuntos.

IV. Vinculación o articulación de sistemas

Preguntas detonadoras

¿En qué circunstancias usted considera necesario trasladar la preocupación a autoridades fuera de la comunidad? ¿Por qué?

¿Sucede que asuntos son llevados por otros miembros de la comunidad a la justicia estatal o autoridad estatal? ¿Cuándo y por qué?

¿Cuáles serían los obstáculos para solucionar un asunto al interior de la comunidad? ¿Por qué?

¿A qué autoridades se refieren los asuntos y cuál es la forma en que se realiza la comunicación?

¿Qué se comunica a la autoridad estatal? ¿Hay cosas que no se hacen saber por alguna razón?

¿Hasta dónde se le explican los esfuerzos ya hechos por solucionar el asunto en la comunidad? ¿Por qué?

¿Qué participación tienen autoridades ajenas a la comunidad en la solución de asuntos desde su punto de vista?

¿Cómo se le da esa participación o cómo surge?

Hipótesis sobre la vinculación o articulación de sistemas

La manera como se articulan los sistemas estatal y comunitario es diversa, y obedece a la insatisfacción con las soluciones o a la pérdida de confianza

⁵ Habrá dificultad para constatar esta circunstancia, ya que la comunidad no tenderá a expresar si se trata de una imposición o hay elección consensuada. Pero, cuando llegan a sentirse insatisfechos, lo dicen en la conversación, aunque encubierta. El dominio de la lengua o el captar los matices de expresión propios de los indígenas puede dar indicios más o menos cercanos a la situación. Se trata de un componente hipotético del cual sólo se pueden tener indicadores, no bases para afirmar contundentemente.

en el sistema de derecho indígena (esto pasa en las comunidades que han ido debilitando el régimen comunitario en su conjunto).

También pueden ser "pasados" los asuntos como castigo cuando una de las partes o ambas no entran en razones en el momento del diálogo, ya sea porque no acepten la conciliación, o porque estén en desacuerdo con la reparación.

Las razones por las que una autoridad se niega a reconocer, son:

- a) porque ya ha sido tratado el asunto y no se llegó a una solución satisfactoria;
- b) porque no se cumplieron los acuerdos,
- c) por reincidencia en conductas similares, o
- d) por considerar la gravedad del asunto y el riesgo que representa para la comunidad la presencia del responsable.

Los casos también pueden trascender cuando uno de los involucrados lo denuncia o lo da a conocer a nivel estatal.

V. Percepción de entrevistados de cómo se podría mejorar el trabajo de la autoridad en el manejo de los asuntos.

Preguntas detonadoras

¿Cuáles son las fortalezas de la forma en que resuelve su comunidad?

¿Cuáles son las debilidades de estas formas de solución de asuntos?

¿Qué obstáculos encuentran en la solución de asuntos que surgen en la comunidad?

¿Por qué se dan éstos obstáculos? o ¿A qué se deben?

¿Cuál piensa sería la mejor forma de superar esos obstáculos?

¿Qué le falta conocer para poder mejorar las soluciones que se dan?

Hipótesis sobre percepción de entrevistados de cómo se podría mejorar el trabajo de la autoridad en el manejo de los asuntos.

Este punto implicará una apreciación de la fortaleza y tensiones a las que está sujeto el sistema de derecho indígena.

Orientación general respecto al contenido de la entrevista

Además de las preguntas detonadoras para cada tema, se debe preguntar si las formas de proceder han sido siempre así o si han cambiado, y en caso de que si han cambiado, como ha cambiado. Esto es importante para ir asentando la evolución o afectación de la justicia indígena por distintos factores.

Por otra parte, interesa también, de forma general, precisar principios o criterios de determinación de solución, la fuente de la información del informante (¿quién le enseñó? o ¿cómo llegó a aprender esto?), para conocer como el conocimiento para la aplicación de la justicia indígena se arraiga en la comunidad. Asimismo, sería importante tener una idea de cuánto tiempo duran los procesos en general. Para ello, ayuda preguntar cuanto tiempo pasa entre una y otra actuación de la autoridad indígena.

Guía para entrevista a actores del sistema: jueces, magistrados, agentes del ministerio público y defensores

Objetivo

Documentar percepciones y prácticas de los actores del sistema procesal penal con relación a personas indígenas, en el contexto del diagnóstico sobre acceso a la justicia para indígenas.

Temas de la entrevista

- Identidad indígena.
- Derechos indígenas y defensa
 - Traducción y peritajes lingüísticos.
 - Diferencia cultural y peritajes culturales o antropológicos.
- Derecho indígena o Jurisdicción indígena – toma en cuenta de usos, costumbres y normas indígenas y reconocimiento de la operación de los sistemas normativos indígenas.
- Comentarios generales de los entrevistados.

Anuncio de los temas

I. Introducción

Contextualizar:

- a) No se atribuirá a ningún individuo lo dicho en la entrevista;

- b) Más adelante, será consultado el borrador del informe con los responsables de las instituciones que han participado en este ejercicio;
- c) El objetivo es ser propositivo y que las conclusiones de este proyecto también sirvan para mejorar prácticas en otros estados de la República y a nivel federal.

II. Ubicación del rol del actor respectivo en el proceso penal

III. Identidad indígena

En este apartado se busca conocer la operación del factor de la identidad indígena en los procedimientos penales, desde la perspectiva del respectivo actor del sistema.

IV. Derechos indígenas y defensa

A. Traducción y peritajes lingüísticos

La traducción es un medio esencial para que el imputado indígena tenga la oportunidad de defenderse, y es también un elemento del respeto de la identidad indígena. En este tema se busca conocer las perspectivas de los entrevistados y prácticas que se relacionan con la provisión de servicios de traducción o interpretación, así como

la calidad de la misma, para los implicados en la comisión de un delito y también para testigos o víctimas del delito, en su caso.

B. Diferencias culturales y peritajes culturales o antropológicos

Esta sección explora la percepción y prácticas de los entrevistados sobre las oportunidades o posibilidades de tomar en cuenta, dentro del sistema estatal de justicia, los usos y costumbres indígenas.

V. Derecho indígena o Jurisdicción indígena: toma en cuenta de usos, costumbres y normas indígenas y reconocimiento de la operación de los sistemas normativos indígenas para la resolución de conflictos internos

En este apartado se busca conocer las percepciones y prácticas de los actores respecto al cumplimiento de estos derechos.

VI. Comentarios generales de los entrevistados

En esta sección el objetivo es recopilar comentarios que a lo mejor han querido hacer los entrevistados, pero no han surgido en el curso de las discusiones. Estos comentarios generales o adicionales pueden relacionarse con los temas materia de la entrevista, u otros que sean para los entrevistados importantes a ser tomados en cuenta.

Metodología de la entrevista:

- Debe llevar consigo el articulado respectivo de la legislación oaxaqueña y el artículo 2 constitucional para hacer referencia a ella en dado caso, para confirmar la referencia de alguno de los entrevistados, o para aclarar su actuar referente a uno u otro artículo.
- Al momento de documentar prácticas se debe evitar que el entrevistado hable en teoría. En otras palabras se debe hacer que ejemplifique su dicho. Formas de lograrlo son:
 - Pedir que cuente la última vez que lo hizo.
 - Pedir que nos cuente qué va a hacer la próxima vez. "Imagínese que le llega un detenido en este momento, qué es lo primero que hace..."
 - Al igual que en otras entrevistas a profundidad que se han realizado en este proyecto, se puede utilizar como mecanismo de ubicación de la práctica, la pregunta de que si ha habido cambios o si siempre se ha hecho así o si las cosas de otros momentos han cambiado, y en qué sentido y por qué.
 - Sobre todo buscar asentar secuencias de acciones basado en la descripción de la labor que se reporta de parte de los entrevistados.
 - En entrevistas de grupo es muy importante dejar que haya debate entre los entrevistados y sólo intervenir para reconducir al tema de interés, introducir un tema nuevo, evitar agresiones personales o integrar a los participantes más tímidos.

Guía para entrevista a abogados de organizaciones de la sociedad civil

Objetivos

Conocer las percepciones respecto al tema del acceso a la justicia a los pueblos indígenas en materia penal. Dentro de esta perspectiva, conocer el trabajo que desempeñan, sus alcances y sus limitaciones; sus perspectivas sobre las violaciones más importantes a los derechos humanos de los indígenas y las problemáticas mayores que las provocan.

Conocer sus percepciones respecto al proceso penal relacionados con personas indígenas en el contexto del diagnóstico sobre acceso a la justicia indígena.

Temas de la entrevista.

- Identidad indígena
- Derechos indígenas y defensa en materia penal
- Traducción y peritajes lingüísticos
- Diferencia cultural y peritajes culturales
- Derecho indígena – toma en cuenta de usos, costumbres y normas indígenas para la resolución de conflictos internos y el reconocimiento de la operación de los sistemas normativos indígenas
- Comentarios generales de los entrevistados

I.- introducción y ubicación del rol del actor respectivo en el proceso penal:

Preguntas detonadoras:

¿Cuáles son sus objetivos y cómo los cumplen?

¿Por qué defienden los derechos de los pueblos indígenas?

¿Qué rol juegan las ONGs en la defensa de derechos indígenas al acceso a la justicia? Como organizaciones ¿cuál es la forma en la que se retroalimentan en materia de derechos indígenas?

II.- Identidad indígena

Preguntas detonadoras

Desde su perspectiva, ¿En qué momento del procedimiento penal estiman importante saber si una persona es o no indígena?

¿Cómo se dan cuenta si una persona es o no indígena?

¿Qué relevancia tiene la identidad indígena en la defensa de un caso?

¿Tiene algo que añadir en este tema?

III.- Derechos indígenas y defensa

A. Traducción y peritajes lingüísticos

Preguntas detonadoras

- ¿Cómo determinan si existe la necesidad de un traductor o interprete?
- ¿En qué momento del procedimiento requieren los servicios de un traductor o interprete?
- ¿Quién les proporciona el intérprete o traductor?
- ¿Qué se hace en el caso de que no estén disponibles traductores o interpretes? ¿Cómo obtienen este tipo de servicio?
- ¿Cómo se determina la calidad de traducción o interpretación?
- ¿Cuándo es apropiado emplear un peritaje lingüístico?
- ¿En qué circunstancias ha solicitado o utilizado un peritaje lingüístico?
- ¿Fue útil o trascendente el uso de dicho peritaje?
- ¿Cómo?
- ¿Cuáles son las características que a su forma de ver, deberían de tener los que prestan servicios de traducción o interpretación? ¿Por qué?
- ¿Tienen algo que añadir en este tema?

B. Diferencias culturales y peritajes culturales

Preguntas detonadoras

- ¿En qué circunstancias puede ser propicio el empleo de peritajes culturales o antropológicos?
- ¿Qué relevancia tiene para ustedes, como defensores de los derechos indígenas, el peritaje cultural o antropológico?
- ¿En su experiencia, cómo han sido valorados estos peritajes?
- ¿Cuál ha sido su experiencia con los peritajes culturales o antropológicos?

¿Los han promovido u objetado en algún momento?

¿Los peritajes que ha ofrecido han sido a través de alguna institución o un particular?

Cuando lo han utilizado ¿les ha aportado elementos para la solución de los casos?

¿Qué elementos ha aportado para la solución del caso?

¿Tienen algo que añadir sobre este tema?

IV.- Derecho indígena – Toma en cuenta de usos, costumbres y normas indígenas y el reconocimiento de la operación de los sistemas normativos indígenas para la resolución de conflictos internos.

Preguntas detonadoras:

¿El sistema de justicia penal actual (procuración e impartición de justicia) permite el reconocimiento de los usos y costumbres o los sistemas normativos de los pueblos y comunidades indígenas? ¿Cómo?

¿En que circunstancias, o para qué propósito probatorio, en su experiencia, se presenta la posibilidad de solicitar el reconocimiento o tomar en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas, o de los sistemas normativos internos de los pueblos o comunidades indígenas?

En su experiencia como defensores de los derechos indígenas ¿Estiman a la ley una limitante para hacer efectivo un reconocimiento de esta índole?

En su experiencia ¿en qué porcentaje aproximado de casos se presenta la oportunidad o necesidad de tomar en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas?

¿Qué medios tienen a su alcance, tanto legal como de gestión, para asegurar que sean tomados en cuenta o reconocidos los usos, costum-

bres y normas indígenas, o los sistemas normativos indígenas?

¿Qué límites existen a ese reconocimiento o toma en cuenta?

¿Podrían describir desde su experiencia cómo han operado estos límites?

¿Qué se hace cuando aparentemente existe un conflicto entre el derecho indígena y el derecho positivo?

¿Podrían señalar algunos ejemplos de su experiencia?

¿Qué tanto ayudan los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos para resolver estos conflictos?

¿Tienen algo que añadir a este tema?

V.- Comentarios generales de los entrevistados

Preguntas detonadoras:

Desde su experiencia en la representación y defensa de casos, ¿cuáles son, a su forma de ver, las violaciones de los derechos humanos más frecuentes en contra de indígenas en el sistema de justicia estatal? (profundizar en el análisis)

¿Cuáles estiman son las grandes problemáticas que las generan?

• Como organizaciones, ¿Qué acciones han implementado para atender o enfrentar las violaciones relacionadas con el acceso a la justicia?

¿Qué resultados han obtenido?

¿Cuáles han sido los principales obstáculos al implementar tales acciones?

• En su experiencia en la representación de casos, ¿han hecho valer tratados internacionales?

¿Cuál ha sido el alcance de esta argumentación y qué efectos han generado?

• Tomando en consideración su experiencia en

la defensa de los derechos humanos y representación de casos penales en los que se ven involucrados indígenas, ¿cuál es su percepción de la actitud de los actores del sistema de justicia estatal (defensores, MP, jueces y policía) respecto a los derechos indígenas? (especificar los derechos a que se refieren).

¿Cuáles son algunas de sus experiencias que hacen surgir esta percepción?

• En su quehacer diario, o desde su cúmulo de experiencia, ¿qué han notado como problemáticas adicionales que afectan a las personas indígenas que serían importantes tomar en cuenta? ¿Por qué?

• ¿Qué acciones proponen para que el sistema de justicia penal haga efectivo y garantice el respeto a los derechos humanos de los indígenas de acceso a la justicia?

Atendiendo a su experiencia en la defensa de casos y de derechos indígenas:

¿Qué acciones consideran importantes para incidir en el respeto de los derechos indígenas?

¿Que acciones consideran que se pudieran efectuar en el corto y mediano plazo para el fortalecimiento de las OSC en el trabajo de la defensa penal de casos de personas indígenas?

¿Qué acciones son necesarias para fortalecer la capacidad de instancias estatales y de las comunidades indígenas para garantizar el efectivo acceso a la justicia penal?

¿Qué rol debe jugar la Comisión Estatal de Derechos Humanos en la protección del derecho a acceso a la justicia para indígenas?

¿Qué rol debe jugar la Subsecretaría de Derechos Humanos del Poder Ejecutivo en esta tarea?

¿Qué rol debe jugar la defensoría indígena (PRODI), la PGJ y el Tribunal?

CUADRO COMPARADO

Normatividad Estatal y Derechos Indígenas

	Normativa	Contenido
Derecho a la libre determinación		
Campeche	Ley de derechos, cultura y organización de los pueblos y comunidades indígenas	Artículo 39.- El Estado de Campeche, tiene una composición sustentada originalmente en la etnia maya y posteriormente enriquecida con la presencia de otras etnias indígenas a las cuales, en los términos de esta ley, se les reconoce el derecho a la autodeterminación de sus formas internas de organización social, económica, política y cultural.
Chiapas	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 5.- Se reconoce, en el ámbito de la competencia estatal, el derecho a la libre determinación y a la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas chiapanecos, en toda su amplitud política, económica, social y cultural, fortaleciendo la soberanía, la democracia y los tres niveles de gobierno, en el marco de la constitución política de los estados unidos mexicanos y la particular del Estado.
Durango	Constitución Política	Artículo 2, fracción II.- Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y en consecuencia a la autonomía para: Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.
Estado de México	Ley de Derecho y Cultura Indígena	Artículo 17.- Se reconoce a los pueblos y comunidades indígenas del Estado de México el derecho a la libre determinación de su existencia, formas de organización y objetivos de desarrollo. Así mismo tienen derecho social a determinar, conforme a la tradición de cada uno, su propia composición y a ejercer con autonomía todos los derechos que esta ley reconoce a dichos pueblos y comunidades.
Hidalgo	Constitución Política	Artículo 5, párrafo I.- El Estado de Hidalgo tiene una composición pluricultural y reconoce los derechos a preservar la forma de vida y el bienestar y desarrollo de los grupos sociales de culturas autóctonas, dentro de sus propios patrones de conducta, en cuanto no contraríen normas de orden público, así como a que se consideren tales rasgos culturales en la justipreciación de los hechos en que participen, mediante criterios de equidad.

Jalisco	Constitución Política	<p>Artículo 4, apartado A, fracción II.- Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:</p> <p>Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los Jueces o Tribunales correspondientes</p>
Morelos	Constitución Política	<p>"Artículo 2 bis. El Estado reconoce y garantiza el derecho a la libre determinación de sus pueblos y comunidades indígenas, ejercida en sus formas internas de convivencia y organización, sujetándose al marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional y estatal.</p>
Nayarit	Constitución Política	<p>Artículo 7.- Nuestra composición étnica plural, se sustenta en los pueblos y comunidades indígenas que los integran y a los cuales les asiste el derecho a la libre determinación expresada en autonomía para decidir sobre sus formas internas de convivencia y organización social, económica y cultural; en la creación de sus sistemas normativos, sus usos y costumbres, formas de gobierno tradicional, desarrollo, formas de expresión religiosa y artística y en la facultad para proteger su identidad y patrimonio cultural.</p>
Puebla	Constitución Política	<p>Artículo 13, fracción I.- Los pueblos y comunidades indígenas establecidos en el Estado y reconocidos en esta Constitución, tendrán derecho a la libre determinación, mismo que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad estatal y nacional, para:</p> <p>a) Determinar y desarrollar sus formas internas de organización social, cultural, política y económica</p>
Quintana Roo	Ley de Derechos y Cultura Indígena	<p>Artículo 41.- El Estado de Quintana Roo, tiene una composición sustentada originalmente en la etnia maya, a la cual, en los términos de esta Ley, se le reconoce el derecho a la libre determinación, que se expresa en un marco de autonomía, respecto a sus formas internas de convivencia y de organización social, económica, política y cultural.</p>

Derecho a la autoadscripción

Durango	Constitución Política	<p>Artículo. 2, párrafo II. El Estado tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos y comunidades indígenas; las leyes reconocerán la diversidad cultural, protegerán y promoverán el desarrollo de los pueblos indígenas existentes en el Estado, sus lenguas, valores culturales, usos, costumbres, recursos y formas de organización social; así como el derecho de los pueblos y comunidades indígenas para elegir a sus autoridades de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas</p>
----------------	-----------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Estado de México	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 3.- La conciencia de la identidad indígena es el criterio fundamental para determinar los pueblos y comunidades a los que se aplican las disposiciones del presente ordenamiento.
Jalisco	Constitución Política	El Estado de Jalisco tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.
Morelos	Constitución Política	Artículo 2 bis, fracción VI.- La conciencia de su identidad étnica y su derecho al desarrollo deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones sobre pueblos y comunidades indígenas. Las propias comunidades coadyuvarán, en última instancia, a este reconocimiento;
Puebla	Constitución Política	Artículo. 13, párrafo II.- La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas, mismas que establecerán las medidas y procedimientos que permitan hacer valer y respetar los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas.
San Luis Potosí	Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución del Estado, sobre Derechos y Cultura Indígena	Artículo 2.- Son sujetos de aplicación de la presente Ley los pueblos y sus comunidades indígenas y, en su caso, las comunidades equiparables, asentados en el territorio del Estado, así como los integrantes de tales comunidades y los indígenas de otros Estados que se encuentren de paso o radiquen temporal o permanentemente en esta Entidad.
San Luis Potosí	Ley Reglamentaria del Artículo 9° de la Constitución del Estado, sobre Derechos y Cultura Indígena	Artículo 5, párrafo I. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos y comunidades indígenas.
San Luis Potosí	Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria	Artículo 6, párrafo I.- La conciencia de la identidad indígena de las personas que se consideren tener tal carácter, deberá ser criterio fundamental para determinar a quienes se aplican las disposiciones legales en la materia..

Derecho a traductor y/o intérprete

Campeche	Constitución Política	Artículo 7, párrafo IX.- El juicio deberá llevarse a cabo, preferentemente, en su lengua o, en su defecto, con la asistencia de traductores suficientemente capacitados.
-----------------	-----------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Chiapas	Constitución Política	Artículo 13, párrafo III.- El Estado protegerá y promoverá el desarrollo de la cultura, lenguas, usos, costumbres, tradiciones y formas de organización social, política y económica de las comunidades indígenas, también garantizará a sus integrantes el acceso pleno a la justicia.
Chiapas	Constitución Política	Artículo 13, párrafo VII.- Los indígenas tendrán el derecho a que se les designe un traductor y un defensor que hablen su lengua y conozcan su cultura.
Chihuahua	Constitución Política	Artículo 6.- Si el indiciado fuere indígena, durante el proceso se le proveerá de un traductor que hable su lengua.
Durango	Constitución Política	Artículo. 2, apartado A, fracción VIII. ... Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
Edo. De Mex	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 32.- En los procesos penales, civiles, administrativos o cualquier procedimiento que se desarrolle en forma de juicio, que sea competencia de las autoridades del Estado y en el que intervenga un miembro de algún pueblo indígena que ignore el español, éste contará con un defensor de oficio bilingüe y que conozca su cultura.
Jalisco	Constitución Política	Artículo 4, apartado A, fracción VII.- Párrafo final. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
Nayarit	Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit	Artículo 27.- En todo proceso o juicio en el que algún indígena sea parte, este tendrá derecho a que se le designe algún traductor y un defensor que conozca su cultura, hable su lengua y el idioma castellano, y a que se le explique, en su lengua, el alcance y consecuencias del proceso que se le instruye.
Oaxaca	Constitución Política	Artículo 16.- En los juicios en que un indígena sea parte, las autoridades se asegurarán que de preferencia los Procuradores de Justicia y los Jueces sean hablantes de la lengua nativa o, en su defecto, cuenten con un traductor bilingüe y se tomarán en consideración dentro del marco de la Ley vigente, su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia.
Oaxaca	Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca	Artículo 32.- A fin de garantizar el efectivo acceso de los pueblos y comunidades indígenas a la jurisdicción del Estado, en los procesos penales, civiles, agrarios, administrativos o cualquier procedimiento que se desarrolle en forma de juicio, que sea competencia de las autoridades del Estado y en el que intervenga un miembro de algún pueblo indígena que ignore el español, éste contará con un traductor bilingüe ya sea oficial o particular.
Puebla	Constitución Política	Artículo 13, fracción II.- ...En los juicios y procedimientos en que aquéllos sean parte individual o colectivamente, las autoridades deberán tomar en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que establezca la ley, y asegurarse que se respete su derecho a contar durante todo el procedimiento con la asistencia de un intérprete y un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

San Luis Potosí	Constitución Política	Artículo 9, fracción XIV. Último párrafo.. Las personas indígenas tendrán derecho a contar durante todo el procedimiento, con el auxilio de un traductor y un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura;
San Luis Potosí	Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria	Artículo 5, párrafo II.- En todo procedimiento administrativo o jurisdiccional en que un indígena sea parte, el estado garantizará que el mismo cuente con un traductor, cuando éste no hable o escriba suficientemente y con soltura el idioma español.
Tabasco	Constitución Política	Artículo 2, fracción VII, párrafo II.- ...tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento en su lengua, dialecto y cultura.

Derecho a que sean tomados en cuenta sus usos, costumbres y normas indígenas en procesos frente al Estado (derecho de pleno acceso a la jurisdicción del Estado)

Campeche	Constitución Política	Artículo 7, párrafo VII.- Las leyes garantizarán a los Pueblos Indígenas asentados en el territorio estatal su efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En todo juicio en que sea parte una comunidad o un individuo indígena, deberán tomarse debidamente en cuenta su identidad, cosmovisión, prácticas culturales, usos y costumbres.
Campeche	Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas	Artículo 59.- ...En todas las etapas procesales y al dictar resolución, los jueces, procuradores y demás autoridades administrativas que conozcan del asunto, deberán tomar en consideración la condición, prácticas, tradiciones y costumbres del o de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas. Siempre se procurará que, en todas aquellas poblaciones en donde tenga su asiento una comunidad indígena, tanto el personal de las Agencias del Ministerio Público, como de los Juzgados y de la Defensoría Pública esté debidamente capacitado para entender y hablar la lengua de la correspondiente etnia.
Chiapas	Ley de Derechos y Cultura Indígenas	Artículo 15.- En todos los juicios y procedimientos en los que una de las partes sea indígena, las autoridades judiciales y administrativas, durante las etapas procesales y al momento de dictar la resolución correspondiente, deberán tomar en consideración las características económicas, sociales y culturales, así como los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad indígena a la que pertenezca.
Chihuahua	Constitución Política	Artículo 8.- En todo juicio civil o penal si una de las partes es indígena las autoridades tomarán en cuenta sus usos, costumbres y prácticas jurídicas.
Durango	Constitución Política	Artículo 2, apartado A, fracción VIII.- Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución.
Edo. De Mex.	Constitución Política	Artículo 17.- La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus culturas, lenguas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.

Edo. De Mex.	Ley de derechos y cultura Indígena	Artículo 32.- ...En todas las etapas procesales y al dictar resolución, los jueces y tribunales que conozcan del asunto, deberán tomar en consideración la condición, prácticas, tradiciones, usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas. En los casos en que los indígenas o sus pueblos o comunidades sean parte o partes, los jueces y tribunales suplirán la deficiencia de la queja y verificarán que los derechos individuales y sociales de aquellos efectivamente hayan sido reconocidos y respetados.
Hidalgo	Constitución Política	Artículo 5, párrafo III.- Los Poderes del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, tomarán en cuenta las prácticas y las costumbres jurídicas de las comunidades indígenas en los términos que las propias leyes establezcan.
Jalisco	Constitución Política	Artículo 4, apartado A, fracción VIII.- Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución.
Michoacán	Constitución Política	Artículo 3. ... La Ley protegerá y promoverá dentro de la estructura jurídica estatal, ...y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. Dentro del sistema jurídico, en los juicios y procedimientos en que alguno de los miembros de esas étnias sea parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas de manera estricta en los términos establecidos por la ley, sin romper el principio de igualdad, sino, por el contrario, procurando la equidad entre las partes.
Morelos	Constitución Política	Artículo 2 bis, VIII.- Se garantizará a los indígenas el efectivo acceso a la justicia, tanto municipal como estatal. Para garantizar este derecho en la fase preventiva o ejecutiva en los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se proveerá lo necesario en materia de prevención, procuración, administración de justicia y ejecución de sanciones y medidas de seguridad, tomando en consideración sus usos, costumbres y especificidades culturales;
Nayarit	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 23.- En cualquier juicio de orden penal, en que se encuentre inmiscuido cualquier miembro de los pueblos y comunidades indígenas, los jueces están obligados dentro de su jurisdicción a tomar en cuenta para la aplicación de sanciones, los usos, costumbres y tradiciones de las comunidades y pueblos indígenas.
Oaxaca	Constitución Política	Artículo 16, párrafo V.-y se tomarán en consideración dentro del marco de la ley vigente, su condición, prácticas y costumbres, durante el proceso y al dictar sentencia.
Oaxaca	Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas	Artículo 32.- En todas las etapas procesales y al dictar resolución, los jueces, procuradores y demás autoridades administrativas que conozcan del asunto, deberán tomar en consideración la condición, prácticas, tradiciones y costumbres del o de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas.
Puebla	Constitución Política	Artículo 13, párrafo V, fracción II.- La ley establecerá los procedimientos que garantizan a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas el acceso efectivo a la

		jurisdicción o protección jurídica que el Estado brinda a todos sus habitantes. En los juicios y procedimientos en que aquéllos sean parte individual o colectivamente, las autoridades deberán tomar en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que establezca la ley, y asegurarse que se respete su derecho a contar durante todo el procedimiento con la asistencia de un intérprete y un defensor que tengan conocimiento de su lengua y cultura.
San Luis Potosí	Constitución Política	Artículo. 9, fracción XIII.- El Estado garantizará a los indígenas el efectivo acceso a la jurisdicción del mismo. Para garantizar este derecho, en los juicios y procedimientos en que aquéllos sean parte, individual o colectivamente, deberán tomarse en cuenta sus costumbres y especificidades culturales;
San Luis Potosí	Ley Reglamentaria del Art. 9 Constitucional	Artículo 13.- Se reconoce la existencia de estructuras de organización sociopolítica y de sistemas normativos internos de las comunidades indígenas, basados en sus usos y costumbres; así como en sus procesos de adaptación a la institucionalidad, que se han transmitido oralmente por generaciones y se han aplicado en su ámbito territorial.
Sonora	Constitución Política	Artículo. 1.- El Estado reconoce la composición pluricultural de su población, en particular la asentada en los grupos de nuestro origen, y proveerá lo necesario para asegurar el respeto a sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos, formas específicas de organización social y garantizarles el efectivo acceso a la jurisdicción estatal, procurando consolidar los rasgos de nuestra nacionalidad.
Tabasco	Constitución Política	Artículo. 2.- También se les reconoce su derecho a tener acceso pleno a la jurisdicción del Estado, por lo que en todo procedimiento y juicio en que una de las partes o ambas sea una comunidad o un indígena, las autoridades respectivas deberán considerar sus costumbres y especificidades culturales. En consecuencia, tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento en su lengua, dialecto y cultura.
Veracruz	Constitución Política	Artículo. 5.- ... y garantizará a sus integrantes el acceso efectivo a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres en los términos que establezca la ley.
Sinaloa	Constitución Política	Artículo 13, párrafo II.- La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, religión, la educación bilingüe, usos, costumbres, tradiciones, prácticas democráticas, patrimonio étnico y artesanal, medio ambiente, recursos, medicina tradicional y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.
Querétaro	Constitución Política	Artículo 12.- Las leyes propiciarán el desarrollo económico, político y social de los grupos étnicos de la entidad, sobre la base al respeto a sus lenguas, tradiciones, costumbres, creencias y valores que los caracterizan.

Derecho a que se apliquen sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de conflictos internos (derecho a la jurisdicción indígena)

Campeche	Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Indígenas	Artículo 55.- El Estado reconoce la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, con características propias y específicas según la etnia a que correspondan, basados en sus tradiciones ancestrales y que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adoptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias.
Chiapas	Constitución Política	Artículo 13, párrafo IV.- Se reconoce y protege el derecho de las comunidades indígenas para elegir a sus autoridades tradicionales de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones.
Chiapas	Constitución Política	Artículo 13, párrafo VII.- En todo procedimiento o juicio en el que una de las partes sea indígena, se tomará en consideración su cultura, usos, costumbres y tradiciones.
Chiapas	Constitución Política	Artículo 13, párrafo VIII.- En los municipios con población de mayoría indígena, el trámite y resolución de las controversias entre personas pertenecientes a comunidades indígenas, será conforme a sus usos, costumbres, tradiciones y valores culturales, y con la participación de sus autoridades tradicionales, debiendo salvaguardarse los derechos fundamentales que consagra la Constitución General de la República y el respeto a los Derechos Humanos.
Chiapas	Ley de Derechos y Cultura Indígenas	Artículo 11.- Con las modalidades que se establecen en este capítulo y en las leyes respectivas, los usos, costumbres y tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas constituyen la base fundamental para la resolución de sus controversias. Dichos usos, costumbres y tradiciones se distinguen por características y particularidades propias de cada comunidad indígena y tendrán aplicación dentro de los límites de su hábitat, siempre que no constituyan violaciones a los derechos humanos.
Chihuahua	Constitución Política	Artículo 8, párrafo II.- En la represión de los delitos cometidos en las comunidades indígenas entre miembros de un mismo pueblo, se respetarán los métodos e instituciones utilizados tradicionalmente por el pueblo de que se trate. La ley establecerá todo lo relativo a las competencias, jurisdicciones y demás que sea necesario para dar cumplimiento a este precepto.
Durango	Constitución Política	Artículo 2, apartado A, fracción II.- Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.
Edo. De Mex.	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 24.- Los pueblos y comunidades indígenas del Estado de México, cuentan con sistemas normativos internos que han ejercido de acuerdo a las propias cualidades y condiciones específicas de cada pueblo, para resolver distintos asuntos intra-comunitarios y que se consideran como usos y costumbres.

Edo. De Mex.	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 25.- El Estado de México reconoce la validez de las normas internas de los pueblos y comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y en general de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad.
Jalisco	Constitución Política	Artículo 4, apartado A, fracción II.- Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes;
Michoacán	Constitución Política	Artículo 3, párrafo II.- Dentro del sistema jurídico, en los juicios y procedimientos en que algunos de los miembros de esas etnias sea parte, se tomara en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas de manera estricta en los términos establecidos por la ley sin romper el principio de igualdad, sino, por el contrario, procurando la equidad entre las partes.
Morelos	Constitución Política	Artículo 2 bis. IX.- Los pueblos y comunidades indígenas aplicarán internamente sus propios sistemas normativos comunitarios en la regulación y solución de conflictos internos sujetándose a los principios generales de la Constitución Federal y la del Estado y las leyes que de ellos emanen, respetando las garantías individuales, los derechos humanos, así como la dignidad e integridad de la mujer;
Nayarit	Constitución Política	Artículo 7.- El Estado garantiza a sus habitantes sea cual fuere su condición:II.- La protección y promoción del desarrollo de los valores de nuestras etnias indígenas conforme a las bases y principios siguientes: La Ley regulará la eficacia de sus propios sistemas normativos, estableciendo procedimientos de convalidación. Los tribunales y jueces velarán por el respeto de los derechos fundamentales de los indígenas y la dignidad e igualdad de la mujer.
Oaxaca	Constitución Política	Artículo 1, párrafo II. Asimismo el Estado reconoce a los pueblos y comunidades indígenas, sus formas de organización social, política y de gobierno, sus sistemas normativos internos, la jurisdicción que tendrán en sus territorios...Párrafo VI.- Se reconocen los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas, así como jurisdicción a las autoridades comunitarias de los mismos.
Oaxaca	Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas	Artículo 28.- El Estado de Oaxaca reconoce la existencia de sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas con características propias y específicas en cada pueblo, comunidad y municipio del Estado, basados en sus tradiciones ancestrales y que se han transmitido oralmente por generaciones, enriqueciéndose y adaptándose con el paso del tiempo a diversas circunstancias. Por tanto en el Estado dichos sistemas se consideran actualmente vigentes y en uso.
Puebla	Constitución Política	Artículo. 13, fracción I, inciso C.- Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Constitución, res-

		petando las garantías individuales y sociales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres.
Quintana Roo	Constitución Política	Artículo. 13, párrafo III.- Los miembros de las etnias que habitan en las comunidades indígenas, podrán resolver sus controversias de carácter jurídico de acuerdo a sus usos, costumbres y tradiciones; la ley instituirá un sistema de justicia indígena para las comunidades de la zona maya del Estado, a cargo de jueces tradicionales y, en su caso, de Magistrados de Asuntos Indígenas que funcionen en Sala, en Tribunales Unitarios, o en las instituciones que de acuerdo con las comunidades indígenas, determine el Tribunal Superior de Justicia.
Quintana Roo	Ley de Derechos Cultura y Organización Indígena	Artículo 14.- El Estado de Quintana Roo reconoce las normas internas de los indígenas mayas en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y en general de la prevención y solución de conflictos al interior de cada comunidad, de conformidad con la Ley de Justicia Indígena del Estado, la Constitución General de la República y la particular del Estado.
San Luis Potosí	Constitución Política	Artículo 9, fracción XI.- La jurisdicción indígena y sus competencias se corresponden con la organización social y el espacio geográfico o territorios donde se asientan las comunidades.
San Luis Potosí	Ley Reglamentaria del Art. 9 Const.	Artículo 21.- El Estado reconoce la validez de los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas en el ámbito de las relaciones familiares, de la vida civil, de la organización de la vida comunitaria y, en general, de la prevención, regulación y solución de conflictos al interior de cada comunidad, siempre y cuando no contravengan la Constitución General de la República, la particular del Estado, ni vulneren los derechos humanos.
Tabasco	Constitución Política	Art. 2 VI.- Aplicar sus sistemas normativos en la regulación y resolución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con respecto a las garantías individuales, a los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad de las mujeres, los niños y los adultos mayores. Las leyes secundarias establecerán los casos y procedimientos de validación por los Jueces o Tribunales correspondientes;

Derecho a que preferentemente se impongan sanciones alternativas al encarcelamiento

Campeche	Constitución Política	Artículo 7, párrafo VIII.- En la imposición de sanciones a miembros de los Pueblos Indígenas deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos a la privación de la libertad.
Chiapas	Constitución Política	Artículo 13, párrafo IX.- Los indígenas deberán cumplir sus penas, preferentemente, en los establecimientos más próximos a sus comunidades, a fin de propiciar su reintegración a éstas, como parte de su readaptación social.

Chihuahua	Constitución Política	Artículo 8º, párrafo II.- En la represión de los delitos cometidos en las comunidades indígenas entre miembros de un mismo pueblo, se respetarán los métodos e instituciones utilizados tradicionalmente por el pueblo de que se trate. La ley establecerá todo lo relativo a las competencias, jurisdicciones y demás que sea necesario para dar cumplimiento a este precepto.
Durango	Constitución Política	Artículo 9, párrafo X.- Los sentenciados en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.
Estado de México	Ley de Derechos y Cultura Indígena	Artículo 33, párrafo I.- Para el caso de delitos que no sean considerados como graves por las leyes vigentes, las autoridades judiciales podrán sustituir la pena privativa de libertad que se imponga a un indígena, en los términos previstos en la legislación penal, por trabajos en beneficio de su comunidad...
San Luis Potosí	Ley Reglamentaria del Artículo 9º de la Constitución	Artículo 69.- La autoridad competente adoptará las medidas pertinentes para que los indígenas sentenciados por delitos del orden común, cumplan su condena en la cárcel distrital más cercana a la comunidad a la que pertenezcan, como forma de propiciar su readaptación social.
San Luis Potosí	Ley Reglamentaria del Artículo 9º de la Constitución	Artículo 70.- Para el tratamiento de las faltas cometidas por menores indígenas, se atenderá a lo dispuesto por las leyes de la materia y este Ordenamiento, debiendo siempre la autoridad preferir las formas alternativas de sanción que no sean privativas de libertad, y que se realicen cerca de la comunidad a la que pertenece el menor infractor.

Articulación de los sistemas de resolución interna de conflictos en comunidades o pueblos indígenas con el sistema estatal

Chihuahua	Constitución Política	Artículo 8.- En la represión de los delitos cometidos en las comunidades indígenas entre miembros de un mismo pueblo, se respetarán los métodos e instituciones utilizados tradicionalmente por el pueblo de que se trate. La ley establecerá todo lo relativo a las competencias, jurisdicciones y demás que sea necesario para dar cumplimiento a este precepto.
Oaxaca	Constitución Política	Artículo 16, párrafo VII.- La Ley reglamentaria establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación y convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias.
Puebla	Constitución Política	Artículo 13, inciso. C.- ... Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y esta Constitución, respetando las garantías individuales y sociales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

San Luis Potosí	Constitución Política	Artículo 9, fracción XIV.- La ley establecerá los casos y procedimientos para que los sistemas normativos que las comunidades indígenas utilizan para la solución y regulación de sus conflictos internos, sean validos por los jueces y tribunales correspondientes
San Luis Potosí	Ley de Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado	Artículo 7.- Corresponde a las autoridades indígenas que en cada caso designen los órganos de gobierno de la Comunidad, conforme a sus sistemas normativos, la aplicación de los procedimientos y sanciones en materia de justicia indígena. Además, los jueces auxiliares y las autoridades comunitarias, tendrán la competencia jurisdiccional que les asigna la presente ley. El supremo Tribunal de Justicia del Estado, realizará todas las acciones necesarias para la adecuada impartición y administración de la justicia estatal a las personas y comunidades indígenas.
Tabasco	Constitución Política	Artículo 2, fracción VI.- Aplicar sus sistemas normativos en la regulación y resolución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos con respecto a las garantías individuales, a los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad de las mujeres, los niños y los adultos mayores. Las leyes secundarias establecerán los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes;

