

UNIVERSIDAD DE
MURCIA



<http://revistas.um.es/analesderecho>

ANALES de **DERECHO**

**ACCESO A LA JUSTICIA Y PUEBLOS INDÍGENAS EN EL
DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO
EL CASO DE MÉXICO**

DOROTHY ESTRADA TANCK

Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales

Resumen

Este estudio analiza los estándares del Derecho Internacional Público sobre derechos de las personas y pueblos indígenas, desde la perspectiva del derecho humano de acceso a la justicia. Mediante el enfoque de los instrumentos de Naciones Unidas y del sistema interamericano de derechos humanos, se estudia el ‘derecho a la jurisdicción indígena’ y el ‘derecho a que sean tomados en cuenta los usos y costumbres indígenas en procesos y juicios frente al Estado’, como dos expresiones concretas del derecho de acceso a la justicia para pueblos indígenas, y su aplicación al caso mexicano. Se examina la situación en México como estudio de caso emblemático para ilustrar la relación entre derecho internacional de los derechos humanos, los cambios constitucionales y legales de las últimas décadas en el reconocimiento de pueblos indígenas, así como su aplicación en la realidad cotidiana de los pueblos indígenas. El texto propone varias líneas interpretativas para avanzar en el debate académico y en la protección y ejercicio efectivos de los derechos indígenas en sociedades pluriculturales contemporáneas.

Palabras clave: *pueblos indígenas, acceso a la justicia, derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicción indígena, México*

“Access to justice and indigenous peoples in international law:

The case of Mexico”

Abstract

This study analyzes the standards of public international law concerning the rights of indigenous peoples and persons, particularly from the perspective of the human right of access to justice. Using the perspective of United Nations and Inter-American human rights instruments, the article examines the ‘right to indigenous jurisdiction’ and the right of indigenous persons and peoples consistent in having ‘their customs and practices taken into account in procedures and trials before the State’, as two concrete expressions of the right of access to justice for indigenous peoples, and their application in the Mexican case. The text reviews the situation in Mexico as an emblematic case study that illustrates the relationship between international human rights law, the constitutional and legal changes of recent decades involving the recognition of indigenous peoples, and their implementation in the daily reality of indigenous peoples. The study proposes a series of interpretive lines to advance the academic debate and the effective protection and exercise of indigenous rights in contemporary pluricultural societies.

Keywords: *indigenous peoples, access to justice, international human rights law, indigenous jurisdiction, Mexico*

SUMARIO¹: I. INTRODUCCIÓN. II. ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS Y PUEBLOS INDÍGENAS. 1. ACCESO A LA JUSTICIA: DEFINICIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL Y MEXICANO. 2. ACCESO A LA JUSTICIA: PLURALISMO JURÍDICO Y DIMENSIÓN INDÍGENA. III. JURISDICCIÓN INDÍGENA Y DERECHO A USOS Y COSTUMBRES: PERSPECTIVA DESDE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL. 1. DERECHO A LA JURISDICCIÓN INDÍGENA. 2. DERECHO A QUE SEAN TOMADOS EN CUENTA USOS, COSTUMBRES Y NORMAS INDÍGENAS EN PROCESOS FRENTE AL ESTADO. 3. DECLARACIÓN DE NU Y SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. IV. MARCO JURÍDICO MEXICANO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS. 1. DERECHOS INDÍGENAS Y PLURICULTURALISMO EN EL MÉXICO MODERNO. 2. RECEPCIÓN DEL CONVENIO 169 DE LA OIT Y RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente estudio es analizar los estándares del Derecho Internacional Público en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, particularmente el derecho de acceso a la justicia. Para ello, este estudio aborda el tema del marco internacional a través del examen de la situación en México como estudio de caso para ilustrar la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos, los cambios constitucionales y legales de las últimas décadas en cuestión de reconocimiento de los pueblos indígenas, así como su implementación en la realidad diaria de personas y comunidades indígenas.

Por situar a México en su entorno regional, cabe recordar que a partir de finales del siglo pasado e inicios del siglo XXI, la mayoría de los países de América Latina han llevado a cabo cambios normativos que implican el reconocimiento formal del Estado de los derechos de los pueblos indígenas.² Pocos países, como Bolivia y Venezuela, también incluyen cuotas constitucionales raciales para asegurar la inclusión de las comunidades

* Agradezco las visiones compartidas en la Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, donde tuve oportunidad de trabajar en un proyecto sobre pueblos indígenas en Oaxaca.

² Véase, e.g., STAVENHAGEN, R., *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988; CLAVERO, B., 'Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas', en BERRAONDO, M. (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Serie Derechos Humanos, Vol. 14, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 313-338; y COURTIS, C., 'Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 on indigenous peoples', en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol.6, no.10, São Paulo, junio 2009, pp. 53-81.

indígenas en los órganos representativos nacionales.³ En el caso de México, existe una acción afirmativa a favor de los pueblos indígenas, pero se ha aplicado de manera inadecuada e insuficiente.⁴ En realidad, la tendencia dominante en el país no son las cuotas indígenas sino el reconocimiento constitucional del derecho consuetudinario indígena y de ciertos derechos consagrados internacionalmente, como el de la autodeterminación de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta y participación informadas en asuntos específicos que les afectan, además de los derechos comunes a todos los demás ciudadanos a participar en la vida democrática general del Estado y votar en los procesos que la materializan.⁵

Como datos generales de contexto, puede enfatizarse que de una población en México de alrededor de 120 millones de personas, los cerca de 15 millones de miembros de pueblos indígenas mexicanos formados por personas de más de 60 grupos étnicos y variaciones lingüísticas, enriquecen enormemente la diversidad cultural, la identidad y el patrimonio de México.⁶ Sin embargo, continúan sufriendo discriminación y exclusión en todas las esferas de la vida pública, así como violaciones a sus derechos humanos. Muchas personas indígenas, especialmente las mujeres, son detenidas de forma arbitraria y en ocasiones sancionadas penalmente mediante sentencias que han sido calificadas de ‘arbitrarias o desproporcionadas’.⁷ La participación política sigue siendo extremadamente marginal. Según varias organizaciones indígenas, los principales problemas que sufren los pueblos indígenas en México están relacionados con la tierra y los territorios, los recursos naturales, *la administración de justicia*, los desplazamientos internos, el

³ Véase, e.g., HTUN, M., ‘Political Inclusion and Representation of Afrodescendant Women in Latin America’, en ESCOBAR-LEMMON, M.C. y TAYLOR-ROBINSON, M.M., *Representation*, Oxford University Press, Oxford, junio 2014.

⁴ Véase, e.g., SUP-JDC-484/2009, ‘Pruebas para acreditar el carácter de indígena para ser postulado en acción afirmativa’, 2009, en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Democracia igualitaria: Criterios jurisprudenciales para la equidad de género e inclusión de comunidades indígenas*, TEPJF, México, 2014, p. 63.

⁵ Véase COURTIS, C., ‘Notes on the implementation...’, *cit.*

⁶ Véase datos demográficos en COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Pueblos indígenas-demografía, disponible en http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=1387 (consultado el 30 de noviembre de 2017).

⁷ A manera de ejemplo representativo, véase respecto del caso de la detención de la mujer indígena Jacinta Francisco Marcial, CENTRO DE DERECHOS HUMANOS PRO DH, MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ, ‘Detención arbitraria y encarcelamiento injusto de mujer indígena en Querétaro, México’, Información entregada al Sr. James Anaya, Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; a la Sra. Gay McDougall, Experta independiente sobre cuestiones de las minorías; y al Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, el 11 de mayo de 2009, México, 2009; y AQUINO, E., ‘Liberan a mujer detenida por policías comunitarios en Oaxaca; pasó 3 años presa por falso delito’, en *Animal Político*, 23 de marzo de 2017, disponible en <https://www.animalpolitico.com/2017/03/liberan-mujer-oaxaca/> (consultado el 25 de mayo de 2018).

analfabetismo o los bajos niveles de alfabetización, la educación bilingüe, el idioma y la migración. También es más probable que vivan en la pobreza que las personas y comunidades no indígenas. Durante su visita de 2011 a México, el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Olivier De Schutter, advirtió que 19.5 millones de personas, aproximadamente el 18% de la población total, sufre *inseguridad alimentaria*, una abrumadora mayoría de ellas en zonas rurales, con un número desproporcionado de personas indígenas entre ellas, y de este último grupo, uno de cada tres *niños y niñas* padece desnutrición crónica.⁸

Asimismo, la situación de violencia agravada y generalizada que afecta al país desde hace algunos años ha afectado marcadamente algunas zonas del país, varias de ellas indígenas. La intensificación de la intervención del Ejército en funciones generalmente reservadas a la policía civil y las fuerzas de seguridad, ha sido especialmente perjudicial en las zonas indígenas y rurales del país y ha perjudicado particularmente a las mujeres indígenas.⁹

A manera de ejemplo indicativo reciente de la grave situación de una enorme cantidad de personas indígenas mexicanas, durante su visita a México en diciembre de 2017, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sra. Victoria Tauli-Corpuz, destacó la información recibida sobre la situación de las personas desplazadas forzadamente en el estado sureste de Chiapas, ‘muestra de una problemática más amplia’ en varias partes del país, e hizo un llamado al Estado a tomar ‘acciones urgentes, de acuerdo con los estándares internacionales, ... para garantizar que todas las personas desplazadas internas indígenas tengan el derecho a un adecuado nivel de vida. Esto incluye servicios básicos culturalmente adecuados’.¹⁰

⁸ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Alimentación, Olivier De Schutter, Misión a México, A/HRC/19/59/Add.2, 17 enero 2012, para. 7.

⁹ Véase, e.g., Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Valentina Rosendo Cantú et al. v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, (ser. C) No. 216, 31 de agosto de 2010; y *Caso Inés Fernández Ortega et al. v. México*, 30 de agosto de 2010. Ambas mujeres indígenas del pueblo Me'phaa habían sido torturadas y violadas en diferentes circunstancias por oficiales militares en el estado de Guerrero, al sureste del país, en 2002, a la edad de 17 y 25 años, respectivamente, en un contexto marcado por la pobreza, la discriminación y lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos llamó ‘violencia militar institucional’. Tanto Valentina como Inés vivían en condiciones de pobreza y no hablaban español.

¹⁰ OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, ‘La ONU-DH urge a dar respuesta integral a la crisis de desplazamiento interno forzado en Chiapas’, Comunicado de Prensa, ONU-DH, 1 de diciembre de 2017, disponible en <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/press-releases/207-mexico-chiapas> (consultado el 15 de enero de 2018).

Con estas circunstancias en mente, el presente estudio analizará en una primera parte el derecho de acceso a la justicia, su definición en el derecho internacional y mexicano, y su entendimiento particular específicamente en relación con las personas y los pueblos indígenas en un contexto de pluriculturalidad. Asimismo, evaluará de qué manera se refleja este derecho humano fundamental en las expresiones jurídicas y la vida concreta de los pueblos indígenas del país, particularmente de las mujeres indígenas, que merecieron varias menciones diferenciadas en la reforma constitucional indígena en México y que además en términos prácticos, por su etnicidad y por su género, enfrentan distintos obstáculos estructurales para el ejercicio efectivo de su derecho humano de acceso a la justicia.

En el caso particular de México, el derecho de acceso a la justicia en relación con las personas y colectividades indígenas tiene actualmente dos vertientes: 1) por un lado, la que se relaciona con el derecho a la jurisdicción indígena de la cual es titular el pueblo indígena como sujeto jurídico y, 2) por otro, la que tiene que ver con ciertos derechos de las personas y colectividades indígenas en procesos frente a los órganos del Estado (administrativos o judiciales), especialmente el derecho a que sean tomados en cuenta sus usos, costumbres y normas. Las implicaciones concretas de ambas vertientes serán examinadas en la primera sección del estudio.

Este trabajo propone también algunos conceptos e interpretaciones jurídicas que pudieran resultar útiles para lograr mayor armonización entre la normatividad internacional y la mexicana en la materia, así como para combatir los obstáculos para la realización efectiva del derecho de acceso a la justicia, tanto para las personas indígenas en lo individual como para los pueblos indígenas, ahora reconocidos también en la Constitución mexicana.

En el tercer apartado, se incluye un análisis específico de la jurisdicción indígena desde la perspectiva del derecho internacional público, mediante el estudio de los principales estándares y jurisprudencia internacional en materia indígena, particularmente del sistema de Naciones Unidas (NU) y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos (por ser los relevantes para el caso mexicano). Dicha perspectiva se utiliza examina a fin de revisar la situación de los derechos indígenas en México a la luz de la normatividad internacional, particularmente el derecho de acceso a la justicia en su doble acepción del derecho a ejercer la jurisdicción indígena y del derecho individual a que se tomen en cuenta usos y costumbres indígenas.

Por último, el cuarto apartado examina el marco jurídico en México respecto de las personas y pueblos indígenas, desde su dimensión histórica, política y socio-económica, revisando la evolución del proceso de reconocimiento constitucional y legal nacional, vivido de la mano de los cambios ocurridos en paralelo a nivel jurídico internacional conforme a lo estudiado en las secciones segunda y tercera del estudio.

Con base en ello, se presentan algunas reflexiones finales que se espera contribuyan al debate académico y a la realidad práctica de los derechos humanos para las personas y pueblos indígenas en su vida diaria.

II. ACCESO A LA JUSTICIA PARA PERSONAS Y PUEBLOS INDÍGENAS

1. Acceso a la justicia: definición en el derecho internacional y mexicano

Atendiendo a una definición general del derecho de acceso a la justicia basada en estándares internacionales de derechos humanos, este derecho comprende los siguientes elementos: a) la facultad con la que debe contar toda persona, de ser oída públicamente,¹¹ b) con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable; c) por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.¹²

En relación específicamente con la materia penal, en 2012 la Asamblea General de NU aprobó por unanimidad los *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal* (resolución 67/187), el primer instrumento internacional sobre el derecho a la asistencia jurídica. Los Principios y Directrices establecen el deber de los Estados de adoptar medidas especiales de protección y de asistencia letrada particular a personas en situación de vulnerabilidad, entre ellas, las personas indígenas, en particular las niñas y niños.¹³ Por una parte este instrumento reconoce las necesidades especiales de una mayoría de personas indígenas a nivel global de recibir asistencia jurídica gratuita, así como lingüística y culturalmente

¹¹ Puede afirmarse que un elemento de este derecho es que los juicios sean públicos, ya que existen normas internacionales que mencionan específicamente el elemento de la publicidad 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. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

¹² Art. 8, 1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y Art. 14, 1. 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).

¹³ *Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal*, Resolución de la Asamblea General de NU, 67/187 [sobre el informe del Tercer Comité (A/67/458)], 20 diciembre 2012; véase Principios 32, 57 y 58,d).

sensible; sin embargo, al mismo tiempo, conceptualiza a las personas indígenas únicamente en su situación de necesidad y en su dimensión individual, y no de manera integral en su otra faceta de miembros de pueblos como entes colectivos que a la vez son sujetos creadores y aplicadores de sistemas normativos autónomos.

Al respecto, cabe recordar lo que enfatizaba el anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen (nacional mexicano y por ello conocedor no sólo de la realidad indígena global, sino también de la situación del país). En su informe concretamente sobre ‘Administración de justicia, pueblos indígenas y derechos humanos’, el Relator hacía notar que

*La discriminación contra los pueblos indígenas...en la administración de justicia es muy común...Aunque suele estar relacionada con los prejuicios personales y las actitudes subjetivas de jueces, magistrados, abogados, fiscales y funcionarios del Estado, esa discriminación se debe principalmente al rechazo sistemático de las culturas e identidades indígenas. La administración de justicia no hace sino expresar los valores dominantes de una sociedad, y cuando son contrarios a los pueblos indígenas (que es lo más frecuente), se reflejan en los tribunales. Esta situación no ha empezado a cambiar hasta los últimos años debido en buena parte a los cambios que se han producido en el ámbito internacional...*¹⁴

Por su parte, la Constitución mexicana contempla el derecho de acceso a la justicia al señalar en su artículo 17 que ‘Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho’, y que ‘‘Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando en consecuencia prohibidas las costas judiciales’. Este derecho se contempla en el mismo artículo cuando se señala que ‘Las

¹⁴ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, E/CN.4/2004/80, párr. 43. Un diagnóstico similar sobre la discriminación y rechazo del Estado o las limitaciones del poder estatal impuestas a los sistemas jurídicos indígenas, puede encontrarse en el informe realizado por el MECANISMO DE EXPERTOS DE NU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, ‘El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas’, Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/27/65, 7 de agosto de 2014, párrafo 20.

leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

A nivel doctrinal, Cappelletti y Garth consideran que existen dos principios básicos que guían el derecho de acceso a la justicia: a) el de equidad, que comprende el derecho de los ciudadanos de acceder a los órganos jurisdiccionales estatales en igualdad de condiciones y b) el de proporcionalidad que implica que los resultados de un proceso o juicio sean social e individualmente justos.¹⁵

En relación con el primer principio, la equidad implica necesariamente contar con una defensa de calidad, a fin de poder acceder a los órganos de justicia en condiciones no-discriminatorias, especialmente en el proceso penal en donde la persona está acusada por un órgano del poder público. En el caso de las personas o pueblos indígenas, la defensa de calidad comprende una serie de características específicas adecuadas al contexto étnico, cultural y lingüístico de dichos sujetos del proceso.

Sobre el segundo principio, el de proporcionalidad, como lo señala Sergio García Ramírez al abordar la definición de acceso a la justicia, ‘es importante lo que **sienten** los justiciables. También la justicia llega a ser, en alguna medida, un problema de **percepción** tanto como de **realización**’.¹⁶

La proporcionalidad implica que la resolución esté de acuerdo con ciertos parámetros, pero ello debe formularse conforme al contexto normativo y cultural en que se desarrolla la situación y se emite la resolución. Por ello, ese “sentir” acerca de la justicia varía de acuerdo al contexto de cada caso.

Además del ejercicio de este derecho general, para el caso de las personas y colectividades de identidad indígena, el derecho de acceso a la justicia cruza de manera transversal diferentes temas como el derecho a la jurisdicción indígena y las distintas garantías para individuos y grupos indígenas en México, especialmente el derecho a que

¹⁵ CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El Acceso a la Justicia*, FCE, México, 1994.

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, S., ‘El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos’, en *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, 2000-2001, Ponencia para el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 12-14 de febrero de 2002, p. 227, negritas en original. Para el Juez Cançado Trindade, el derecho de acceso a la justicia internacional es de tal centralidad que incluso ha alcanzado el nivel de *ius cogens* como norma imperativa general del derecho internacional público, insuspendible e inderogable en cualquier circunstancia; véase CANÇADO TRINDADE, A.A., *The access of individuals to international justice*, Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2011.

sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas en procedimientos y juicios frente al Estado.

2. Acceso a la justicia: pluralismo jurídico y dimensión indígena

En relación con el acceso a la justicia respecto de individuos y pueblos indígenas, el anterior Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, ha indicado 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...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 a la *subordinación de los sistemas jurídicos consuetudinarios* a una sola norma jurídica oficial.¹⁷

Tomando en cuenta la realidad del pluralismo cultural y jurídico que existe en México, actualmente el derecho de acceso a la justicia no implica sólo el necesario acceso equitativo a los órganos estatales de justicia y la emisión de resoluciones proporcionales. Si se habla de un verdadero pluralismo jurídico, que además ya está reconocido por la Constitución mexicana desde 2001, se debe aceptar también que existen diversas fuentes de derecho a través de las cuales puede hacerse efectivo el derecho de acceso a la justicia, de acuerdo con cada sistema normativo. Por ello, el primer paso para garantizar el debido acceso a la justicia a las personas indígenas es fortalecer el ejercicio jurisdiccional de las autoridades indígenas.

¹⁷ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,...*cit.*, párr. 54.

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 cumplirse tanto por los órganos estatales de justicia como por las autoridades indígenas (que en algunos casos serán coincidentes con la autoridad estatal).

Para promover y proteger la garantía de acceso a la justicia, las autoridades de ambos sistemas, tanto el de derecho positivo común mexicano como el de derecho indígena, deben respetar a 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.

Como lo ha señalado el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas,

muchas culturas autóctonas no comparten con los sistemas jurídicos oficiales el valor que se concede al juicio, el castigo y al apartamiento del delincuente de su comunidad. Según algunos estudios comparativos, los sistemas jurídicos indígenas, al tomar medidas respecto de los delincuentes tienden a conceder mayor importancia a la restitución, a la indemnización y al restablecimiento de la armonía social y comunitaria que al castigo y al aislamiento físico de los delincuentes que se contempla en la mayoría de los sistemas judiciales oficiales adoptados por las administraciones del Estado.¹⁸

Es decir, la justicia indígena y la justicia estatal comparten elementos y valores, sin embargo, en vista de que en ocasiones atienden necesidades sociales distintas, las formas de preservar la cohesión social y la integridad cultural son también diferentes en cada uno de los sistemas. En el caso de muchos pueblos y comunidades indígenas, la justicia que imparten sus autoridades es conciliatoria y restaurativa, más que punitiva (aunque sus resoluciones también pueden tener un componente punitivo). En general, las resoluciones de las autoridades indígenas buscan arreglar el conflicto entre las partes de manera suficientemente satisfactoria para ambas y reestablecer la armonía social perdida

¹⁸ Informe del Relator Especial..., E/CN.4/2004/80, ..., *cit.*, párr. 59.

con la conducta que dio origen al conflicto, mediante la reparación del daño a los ofendidos.

Por lo tanto, en cuanto a los indígenas en lo individual, puede afirmarse que los derechos que se les confieren son los mismos que se establecen en favor de todos los mexicanos, de conformidad con el artículo 17 Constitucional. Es decir, gozan de la garantía individual de acceso a la justicia al igual que cualquier persona en México. Además, bajo el nuevo sistema reconocido constitucionalmente, el derecho de acceso a la justicia en relación con las personas y colectividades indígenas tendría dos vertientes: 1) la que se relaciona con el derecho a la jurisdicción indígena y 2) la que tiene que ver con ciertos derechos de las personas y colectividades indígenas en procesos frente a los órganos estatales (administrativos o judiciales), especialmente el derecho a que sean tomados en cuenta sus usos, costumbres y normas.

III. JURISDICCIÓN INDÍGENA Y DERECHO A USOS Y COSTUMBRES: PERSPECTIVA DESDE LA NORMATIVIDAD INTERNACIONAL

A fin de hacer un análisis crítico de la situación de estos derechos en México, es importante estudiarlos también desde la perspectiva más amplia de los estándares internacionales de Naciones Unidas y la jurisprudencia interamericana, cuyos criterios deben servir para la interpretación de la normatividad en materia indígena obligatoria para México, particularmente a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, la cual se estudiará con mayor detalle en el apartado cuarto del presente estudio.

1. Derecho a la 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 para la resolución de conflictos. El primer requisito para el ejercicio de esta jurisdicción sería su reconocimiento por el derecho positivo común mexicano, y el segundo paso, una

distribución competencial e institucional para hacer posible y operativo el respeto a esta jurisdicción y su coexistencia dentro del Estado nacional más amplio.¹⁹

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 de competencias adecuada, estén facultados para resolver el litigio en cuestión.

Cabe recordar que en cuanto a la garantía de acceso pleno a la justicia, en el contexto mexicano los Acuerdos de San Andrés Larráinzar (ASAL) de 1996 proponían “el 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”.²⁰

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, como ya se establece en la Constitución mexicana.

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

Por tanto, el derecho a la jurisdicción indígena se refiere a la facultad de los pueblos y comunidades indígenas, derivada de su derecho a la libre determinación, para aplicar de manera autónoma sus propios sistemas normativos (que comprenden normas,

¹⁹ En este sentido, véase, e.g., SORIANO FLORES, J.J., ‘El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas de México: una aproximación desde los derechos humanos,’ en *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno Departamento de Derecho, Año 1, núm. 2, 2012, pp. 159-169; y STAVENHAGEN, R., ‘Los Derechos Indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional’, en *Antropología jurídica*, No. 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1995, pp. 87-113.

²⁰ 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.

autoridades y procedimientos) en la regulación y solución de sus conflictos internos. En el caso de México, la Constitución establece en el Art. 2, A., II., 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”. Este derecho también ha sido reconocido por varias constituciones locales y, en algunos casos, por las leyes reglamentarias correspondientes.²¹

Sin embargo, a pesar de que este derecho está reconocido en diversas fuentes normativas, en ocasiones existe 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 tomados en cuenta sus usos, costumbres y normas dentro de un procedimiento o juicio ante el Estado, aunque en la normatividad son dos derechos diferentes (o por lo menos dos variantes distintas que surgen de reconocer otras fuentes de derecho distintas al Estado), a los que habría que dotar de contenido y de mecanismos que los hagan operativos y efectivos en la práctica. En pocos casos los jueces del derecho positivo común mexicano invocan la competencia indígena o se declina la competencia oficial a favor de la jurisdicción indígena.²²

Por otro lado, dado que en ocasiones se desconoce que ya existe este derecho en la normatividad jurídica positiva, se desconoce también que su aplicación no violaría el principio de igualdad, sino que, al contrario, se trata de una valoración jurídica de las diferencias dentro de un Estado pluricultural, manteniendo el respeto a los derechos humanos universales.²³

En ese contexto, algunos órganos de Naciones Unidas han recomendado 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

²¹ Para mayor información, véase <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/default.htm?s=> y Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, ‘Contexto nacional’, en Asuntos Indígenas, en www.diputados.gob.mx/cesop/

²² Véase el análisis de estos obstáculos en OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para Indígenas en México: Estudio de caso en Oaxaca, ONU-DH México, 2007.

²³ Véase, e.g., RAMÍREZ LUGO, F.R. y ACUÑA-MALDONADO, O., ‘Replanteamiento del principio de Igualdad...*cit.*

especial atención a los derechos de las mujeres,²⁴ obligación que también se extiende a las prácticas y leyes (no indígenas) del Estado.

En cuanto a este requisito de la compatibilidad de las resoluciones indígenas con los derechos humanos, es interesante 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.²⁵

En ese sentido, es importante cuidar que la discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente, se presente siempre en el marco del diálogo y no de la imposición. 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’.²⁶

De acuerdo con el derecho internacional, la autonomía indígena puede ejercerse libremente sin más limitante que el respeto a los derechos humanos reconocidos por el

²⁴ Véase, e.g., OACNUDH, *Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, OACNUDH, 2003, en particular Capítulo 6, Derechos de los Pueblos Indígenas, 6.11 Propuestas, “La justicia”, p. 160. Para un comparativo con otro caso cercano de la región, véase OACNUDH GUATEMALA, *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: Perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, OACNUDH-Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, mayo de 2008.

²⁵ Informe del Relator Especial de NU..., E/CN.4/2004/80, *cit.*, párrafo 68. Énfasis agregado.

²⁶ SIERRA, M.T., ‘Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas’, en *Rev. Memoria*, número 147, mayo 2001.

orden jurídico nacional e internacional. Aun partiendo de esta base general, debe tenerse en cuenta que la concepción y vivencia cotidiana de los derechos humanos no es homogénea ni uniforme entre distintas sociedades y grupos.

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 y a estándares internacionales de derechos humanos, se haría necesaria la creación de mecanismos jurisdiccionales para analizar, bajo una perspectiva intercultural y no formalista, la esencia del valor protegido por cada derecho. Una vez hecho esto, la autoridad judicial competente podría 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.²⁷

2. Derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas en procesos frente al Estado

Este derecho se incluyó como uno de los puntos centrales del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169 de la OIT), adoptado en 1989 como una revisión de su documento predecesor, el Convenio 107, adoptado más de treinta años antes en 1957. Cabe enfatizar que el Convenio 169 no fue resultado de un proceso jurídico clásico en el que sólo hayan intervenido los Estados como sujetos típicos del derecho internacional, sino que contó también con la participación de varios representantes indígenas y constituye ‘una suerte de justicia social para una globalización equitativa’, pues la propia OIT ha reconocido que en muchos lugares del mundo los pueblos indígenas no pueden gozar de sus derechos en iguales condiciones que el resto de la población de los Estados en los que habitan.²⁸

²⁷ Como ejemplo de un estándar mínimo, debe garantizarse la libertad individual de una persona indígena de decidir abandonar su auto-adscripción como indígena, o vivirla fuera de su comunidad de origen en otros espacios sociales en donde los indígenas recrean su identidad.

²⁸ OLIVA MARTÍNEZ, J.D. y SÁNCHEZ LIZAMA, A., ‘Derechos de los pueblos indígenas: marcos de protección en la Agenda 2030 y en los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos’, en DÍAZ BARRADO, C.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (Directores) y VERDIALES LÓPEZ, D.M. (Coordinadora), *Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas / Derechos Humanos y Empresas*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, No. 9, 2018, p. 322.

El derecho bajo estudio en este apartado se refiere a la prerrogativa de quienes se autoadscriben como indígenas para que, como lo establece el Art. 8,1) del Convenio 169 de la OIT, ‘sus costumbres o su derecho consuetudinario’ sean tomados debidamente en consideración cuando les sea aplicada la legislación nacional. Aunque el convenio utiliza el término ‘derecho consuetudinario’, se considera que el término ‘normas’ es más 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 este estudio 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.

Correspondientemente este derecho implica la obligación de las autoridades administrativas y/o jurisdiccionales de valorar, ya sea las costumbres o las normas de estos pueblos, cuando se encuentren involucradas personas o colectividades indígenas en procesos o juicios ante dichas autoridades.

La Constitución mexicana contempla este derecho como parte del derecho de ‘acceder plenamente a la jurisdicción del Estado’, lo que significa un reconocimiento tácito de que los sesgos culturales tanto de los indígenas como de los procuradores y administradores de justicia, requieren de canales interculturales de comunicación para alcanzar una comunicación recíproca plena.²⁹ 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 individual o colectivamente’.³⁰

Normativamente hablando, este derecho es susceptible de dos interpretaciones posibles; por un lado, la comunidad internacional ha reconocido la discriminación, en algunos casos histórica, que han sufrido los pueblos indígenas, así como su actual situación generalizada de marginación y pobreza.³¹ En ese sentido, este derecho se

²⁹ En ese sentido, véase la propuesta de abordar el tema bajo los principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad que realiza VALIENTE LÓPEZ, A., ‘Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas’, en MARTÍNEZ, J.C., *et al.*, *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina México, 2012, pp. 63-78.

³⁰ Art. 2 Constitucional, Apartado A,F,VIII, primer párrafo.

³¹ Así se ha establecido en algunas normas internacionales, como el Art. 2, 2c) 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*

entendería como una especie de política pública 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.³² Es decir, esta obligación de tener en cuenta tales características parecería abrir la posibilidad de que los jueces atenuaran la pena con base en ciertas circunstancias de desventaja de la persona indígena.

Sin embargo, esta interpretación se complementa con una segunda, más integral y menos paternalista, que deriva del derecho a ser reconocido como pueblo, mismo que también se contempla internacionalmente.³³ Así, el conocimiento y reconocimiento de otros usos, costumbres y normas al aplicar la legislación nacional, o dentro de un proceso o juicio, parte del reconocimiento de una identidad diferente que tiene un referente colectivo. En el caso de los pueblos indígenas, se trata de pueblos con organización e instituciones propias, dentro de las que se comprenden instituciones jurídicas y políticas. De ahí que en un Estado reconocido como pluricultural, con un auténtico pluralismo jurídico, se haga necesaria la toma en cuenta por los servidores públicos de los usos, costumbres y normas diversas de la persona o pueblo indígena.

Por ello, haciendo una interpretación armónica de la normatividad internacional, que es parte también del derecho positivo común mexicano, y de la normatividad constitucional, se observa que este derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y las normas indígenas se hace efectivo al momento en que se aplica a los pueblos indígenas o sus miembros la legislación nacional y como un medio para garantizar su 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

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’.

³² Art. 10, 1. Convenio 169 OIT. Para un estudio actualizado de la situación de las personas indígenas a la luz de los estándares internacionales y el nuevo sistema de justicia penal mexicano (reformado desde 2008), particularmente por lo que toca a su derecho a traducción e interpretación dentro del proceso penal, véase MARCOS ESCOBAR, S.E., ‘El derecho de los indígenas a una defensa adecuada en el nuevo sistema de justicia penal en México’, en *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 5, no. 9, enero-junio de 2012, pp. 181-207.

³³ “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”, Art. 1, 1) común del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

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 las normas y los procedimientos que rigen y encauzan la vida de estos pueblos, dándoles el carácter que las leyes fundamentales les reconocen.

Con base en lo anterior, se puede concluir que el derecho a que sean tomados en cuenta los usos, costumbres y normas indígenas de la persona o colectividad indígena, implica que las autoridades tendrán que allegarse de todos los elementos que les permitan entender la conducta del inculcado o las apreciaciones de la víctima desde la perspectiva cultural del contexto de origen de ambos. Asimismo deberán cerciorarse de que estos sujetos comprendan plenamente la lógica del procedimiento estatal y de las normas que en dado caso les correspondía haber observado. En tal sentido, es obligación de las autoridades asumir que el derecho a que sus usos, costumbres y normas sean tomados en cuenta implica un componente del derecho de los pueblos indígenas de ser conocidos y en su caso reconocidos dentro de un Estado pluricultural. Es también una consecuencia del derecho a autoadscribirse como indígena, que busca garantizar el goce de su derecho más amplio de acceso a la jurisdicción del Estado. Al mismo tiempo, es una aplicación del principio de equidad -tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales- y del principio de valoración jurídica de las diferencias, por lo que su protección no viola el principio de igualdad.³⁴

En cuanto a la garantía más general de los individuos y colectividades indígenas de acceder de manera efectiva a la jurisdicción del Estado (demanda que se había planteado desde los ASAL),³⁵ entraría la promoción y protección de todos los derechos sustantivos y procesales para que un indígena pudiera experimentar un acercamiento a la justicia y una defensa oportuna y de calidad:

³⁴ Para mayor profundización en este sentido, véase la teoría de la igualdad y la diferencia en FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, y por el mismo autor, 'Sobre los derechos fundamentales', en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 15, septiembre-diciembre 2006, pp. 113-136, particularmente el postulado sobre la relación entre derechos fundamentales e igualdad a la luz de las diferencias culturales (pp. 124-127), y en un análisis parecido desde la filosofía política, KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995, especialmente pp. 109, 110 y 113; y más específicamente sobre el contexto indígena mexicano RAMÍREZ LUGO, F.R. y ACUÑA-MALDONADO, O., 'Replanteamiento del principio de Igualdad en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Punto de partida en la construcción de un nuevo paradigma en la relación Estado-Pueblos indígenas', en *Ra Ximhai*, vol. 2, núm. 3, septiembre-diciembre 2006, Universidad Autónoma Indígena de México, El Fuerte, Sinaloa, México, pp. 657-675.

³⁵ ASAL, "Pronunciamiento Conjunto que el Gobierno Federal y el EZLN enviarán a las Instancias de Debate y Decisión Nacional, 16 de enero de 1996" (PN), Punto 3.3; y PP, Punto III, 2.

a) Como lo establece la Constitución mexicana (Art. 2,A,VIII), en los juicios o procedimientos ante el Estado, las personas indígenas tienen derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

b) En el caso de que una persona 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, costumbres y normas indígenas. Este derecho presenta diversas interpretaciones posibles acerca de su aplicación práctica en los procesos judiciales. Sin embargo, es importante dejar anotado que la Constitución mexicana prevé este derecho como un medio para garantizar a las personas y colectividades indígenas el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

c) Los ASAL, recogiendo ciertos derechos establecidos en el Convenio 169 de la OIT, planteaban que las reformas legislativas relativas debían determinar que ‘en la imposición de sanciones a miembros de los pueblos indígenas, deberán tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los sancionados, privilegiando sanciones distintas a la de cárcel y dando preferencia a que puedan compurgar sus penas en los establecimientos más cercanos a su domicilio y a que se les reintegre a la comunidad como mecanismo de readaptación social’. Dado que México es parte de este convenio internacional, se incorpora a su normatividad el derecho a una pena alternativa de prisión para las personas indígenas.³⁶

En cuanto a la etapa procesal en que deben estudiarse y considerarse estos elementos, la mayoría de las legislaciones a nivel de los estados en México no lo especifican, otros establecen que en todas las etapas del proceso (Chiapas y Oaxaca) y otros más indican que será en el momento de aplicar las sanciones (Nayarit), aunque se entendería que se habla de ‘determinar’ la sanción para después aplicarla.³⁷ Esta última disposición constituye una limitación que no está prevista en el texto de la Constitución General, que establece como hemos visto, que deben tomarse en cuenta las costumbres y especificidades culturales en cualquier juicio o procedimiento en que esté involucrada una persona o pueblo indígena (Art. 2,A,VIII), por lo que las Constituciones o leyes

³⁶ Art. 10,2), Convenio 169 OIT; ASAL, PP, Punto III, 2.

³⁷ Para mayor información, véase OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para Indígenas en México: Estudio de caso en Oaxaca*, ONU-DH México, 2007; así como <http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/default.htm?s=> y Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, "Contexto nacional", en Asuntos Indígenas [consultado: 14 de enero de 2018], en www.diputados.gob.mx/cesop/

estatales no tendrían justificación para limitar este deber solamente a la etapa resolutoria de un procedimiento o juicio.

Ello parecería corroborar la idea de que en la sentencia el órgano jurisdiccional debe aplicar una pena menor por ‘compadecerse’ de la situación socio-económica desventajosa del indígena, como se deriva también de los Principios de NU sobre asistencia jurídica en procesos penales de 2012 antes referidos. Como ya se ha dicho en este estudio, esta es una visión incompleta, poco integral y que no atiende plenamente al reconocimiento de los derechos derivados de la identidad indígena.

En este sentido, la interpretación que se propone en este trabajo es coincidente con la normatividad tanto internacional como constitucional. Dicha interpretación armónica de todos estos instrumentos que forman parte del derecho positivo común mexicano, permite afirmar que el deber de los servidores públicos de tomar en cuenta usos, costumbres y normas indígenas en los procesos ante el Estado debe cumplirse en todas las etapas del proceso y deben emplearse todos los medios necesarios para hacer posible la realización de este deber, por ejemplo, peritajes antropológicos, culturales o lingüísticos que permitan un conocimiento de tales usos, costumbres y normas para su posterior comprensión y evaluación en relación con el asunto.

Ello no significa que los funcionarios públicos encargados de la procuración y administración de justicia aplicarán directamente la norma indígena, simplemente la ‘tomarán en cuenta’, como establecen las normas internacionales y constitucionales, en el grado y en la medida que sea aplicable en cada caso concreto. El parámetro para medir este nivel de influencia de los usos, costumbres y normas indígenas con los hechos materia del caso, debe ser estudiado recordando que el deber de tomar en cuenta, se establece a fin de hacer realmente efectivo el derecho de acceso a la justicia para las personas y los pueblos indígenas.

Al igual que en el caso del derecho a la jurisdicción indígena, respecto de este derecho existen algunos obstáculos para su realización. A pesar de ser un derecho muy relevante, es de difícil interpretación, además de que para su aplicación requiere de herramientas como peritajes culturales, análisis lingüísticos y otras posibles herramientas, que no sólo son costosas sino que también resultan ajenas a la práctica y uso tradicional de autoridades administrativas, ministerios públicos, defensores y jueces en México. En

algunos casos los actores del sistema estatal toman en cuenta usos y costumbres para atenuar la pena, pero no respecto a la negación de algún elemento del delito.³⁸

La falta de distinción entre el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas surge de varias maneras: Primero, puede ocurrir 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 trascienden a la jurisdicción del sistema estatal, se desconoce el significado de los hechos con respecto al contexto cultural en que se dieron. 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 o de no tomar en cuenta los usos, costumbres, prácticas y normas indígenas al juzgar a un indígena en el sistema de justicia estatal), a la persona indígena se le niega el acceso pleno a la justicia.

Es importante recordar que la regla de “tomar en cuenta” no se justifica por la posible condición de desventaja socioeconómica de la persona indígena. El juzgador debe tomar en cuenta la condición de desventaja de la persona indígena, cuando así sea el caso, como debería hacerlo con cualquier otra persona en situación similar. Más bien, la regla de “tomar en cuenta” debería ser interpretada como parte del principio de equidad que consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Esta visión se corrobora con lo establecido por el Relator Especial cuando afirma 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*.’³⁹

³⁸ Para mayor detalle, véanse casos documentados en OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para Indígenas en México: Estudio de caso en Oaxaca*, ONU-DH México, 2007.

³⁹ Informe del Relator Especial..., *cit.*, párrafo 85, énfasis agregado.

3. Declaración de NU y sistema interamericano de derechos humanos

Ahora se revisarán los principales estándares más recientes y la jurisprudencia internacional en materia indígena, particularmente del sistema de Naciones Unidas e interamericano de protección de los derechos humanos (por ser los relevantes para el caso mexicano), a fin de revisar la situación del derecho de acceso a la justicia en México -en su doble alcance de jurisdicción indígena y de derecho individual y colectivo a que se tomen en cuenta usos y costumbres-, mediante la perspectiva del derecho internacional público, y más concretamente del derecho internacional de los derechos humanos.

A partir de la adopción del Convenio 169 de la OIT en 1989, el siguiente instrumento internacional de mayor importancia ha sido la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, adoptada por la Asamblea General de NU en septiembre de 2007.⁴⁰ En cuanto al acceso a la justicia relacionado con la identidad indígena, la Declaración de NU reconoce ambos derechos analizados en el presente estudio.

En efecto, en relación con la jurisdicción indígena, la Declaración de NU afirma el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación mediante el cual pueden determinar libremente su condición política y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural (artículo 3). Asimismo, el artículo 4 de la Declaración especifica que ‘Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas’. Además, dispone el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales (artículo 5), y en su artículo 34 reconoce su derecho a ‘promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales, incluyendo sus costumbres o sistemas jurídicos’, y agrega el requisito y a establecido en varios instrumentos, incluyendo la Constitución mexicana, de que este derecho debe ejercerse ‘de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos’.

La relación específica entre los sistemas jurídicos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos ha sido analizada a mayor detalle por el

⁴⁰ *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas*, Asamblea General de Naciones Unidas, 13 de septiembre de 2007.

Mecanismo de Expertos nombrado por el Consejo de Derechos Humanos de NU, órgano que en 2014 emitió un informe con propuestas concretas acerca de cómo resolver posibles incompatibilidades entre ambas fuentes de derecho, como se ha sugerido en el presente estudio, con un enfoque intercultural y de género de los derechos humanos, y bajo una óptica de respeto mutuo y en pie de igualdad de los dos sistemas.⁴¹ En palabras de Felipe Gómez Isa, ‘el gran reto al que nos enfrentamos es cómo conseguir la afirmación de las propias identidades culturales en un mundo global y su inserción en un proceso de enriquecimiento mutuo entre las diferentes culturas y cosmovisiones para poder llegar realmente a la construcción de un concepto multicultural y cosmopolita de derechos humanos y democracia’.⁴²

Respecto del derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas en la relación con el Estado, la Declaración de NU incluye en su artículo 40 el derecho de los pueblos indígenas a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. Añade 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’.

En el contexto del sistema interamericano, puede comenzarse con el emblemático *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en 2001. En este caso, dicha comunidad indígena solicitó a la Corte el debido reconocimiento y demarcación de sus tierras comunales. Al respecto, se observa que la Corte utilizó como uno de los fundamentos de su decisión al derecho consuetudinario de la propia comunidad. La Corte concluyó que ‘el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los

⁴¹ Véase MECANISMO DE EXPERTOS DE NU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, ‘El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas’, Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/27/65, 7 de agosto de 2014, párrafos 21-24.

⁴² GÓMEZ ISA, F., ‘Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas’, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 27, 2011, p. 285.

miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, *acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta*'.⁴³ El derecho de los pueblos indígenas al respeto y garantía por parte del Estado de sus propios sistemas de tenencia de la tierra fue reconocido también en los artículos 26.3 y 27 de la Declaración de NU sobre los derechos de los pueblos indígenas, antes revisada.

A través del reconocimiento de la facultad de los pueblos indígenas a la libre determinación para crear y aplicar su derecho, se acepta también al propio derecho consuetudinario indígena como una de las fuentes normativas de las cuales nacen obligaciones para el Estado. Aunque en un principio la CIDH entra a conocer el caso por una posible violación al derecho humano de propiedad, este órgano jurisdiccional de derechos humanos aborda también en su sentencia la necesidad de reconocer otras fuentes de derecho distintas al Estado, tal como el derecho consuetudinario indígena. Ello implica un avance importante en la reflexión sobre el pluralismo jurídico, elemento que comienza a aceptarse y garantizarse como uno de los componentes de un Estado moderno con diversidad cultural, étnica, lingüística, social o religiosa.

A raíz de las violaciones a los derechos humanos en este caso, la Corte dispone que el Estado debe 'proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Awas Tingni, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración *el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres* de la Comunidad'.⁴⁴

Resulta interesante constatar que en este caso el derecho consuetudinario de la Comunidad Awas Tingni no solamente es tomado en cuenta por la Corte como una fuente normativa aislada, sino que es la base para la interpretación del contenido de un derecho humano reconocido tanto por la Constitución de Nicaragua como por instrumentos internacionales. En particular, el derecho de propiedad concebido tradicionalmente como un derecho individual, adquiere otra dimensión colectiva a la luz del derecho

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia del 31 de agosto de 2001, párrafo 138, énfasis agregado.

⁴⁴ *Ibid.*, párrafo 164, énfasis agregado. Aun así, el proceso de implementación de esta sentencia ha sido largo y complejo, y algunas dificultades continúan a la fecha; véase al respecto GÓMEZ ISA, F. 'The decision by the Inter-American Court of Human Rights on the Awas Tingni vs. Nicaragua case (2001): the implementation gap', en *The Age of Human Rights Journal*, N°. 8, 2017, pp. 67-91.

consuetudinario indígena. Estas prácticas jurídicas en relación con la propiedad son también fuente de derechos y obligaciones, más allá de una norma escrita.⁴⁵

Después de una explicación detallada sobre la práctica jurídica en torno a los diferentes derechos que se derivan de formas tradicionales de propiedad en las comunidades y pueblos indígenas, este peritaje de la sentencia de la Corte concluye que ‘Todo esto forma parte de la cosmovisión indígena que en la actualidad está siendo recogida por el derecho positivo y se está construyendo un derecho internacional indígena’.⁴⁶

La Corte Interamericana incluso concluye que si el Estado no reconoce y garantiza los derechos indígenas, puede estar incurriendo en una violación al derecho humano más amplio de no-discriminación. Establece este tribunal que:

los patrones tradicionales de uso y ocupación territorial de las comunidades indígenas de la Costa Atlántica de Nicaragua generan sistemas consuetudinarios de propiedad, son derechos de propiedad creados por las *prácticas y normas consuetudinarias indígenas* que deben ser protegidos, y que califican como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos]. El *no reconocer* la igualdad de los derechos de propiedad basados en la tradición indígena es contrario al *principio de no discriminación* contemplado en el artículo 1.1 de la Convención.⁴⁷

En este sentido, es necesario relacionar el derecho a la no-discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con el ejercicio de cualquier otro derecho humano. Por ello, es importante tener presente que si se prohíben, no se reconocen, o bien, no se establecen los medios adecuados para la realización de los derechos humanos de las personas y pueblos indígenas, se estaría incurriendo en una violación a esta prohibición de no discriminar. La igualdad meramente formal o legalista puede constituir una medida discriminatoria. Si la afirmación de la igualdad formal no se acompaña de acciones que contribuyan a la equidad y a la igualdad material de oportunidades para el ejercicio de los derechos, se queda en una declaración

⁴⁵ CIDH, Caso *Awas Tingni*, *cit.*, “d. Peritaje de Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum, antropólogo y sociólogo”.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*, párrafo 141, b). Énfasis agregado.

vacía de contenido que no se traduce en un auténtico derecho, en este caso, de las personas y pueblos indígenas.

El siguiente punto importante a resaltar en esta sentencia de la CIDH es la obligación del Estado de garantizar un recurso efectivo para exigir el cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros. Es bien sabido que si no existe un medio claro y expedito para hacer valer un derecho, tal derecho pierde su razón de ser y su naturaleza de verdadero derecho. En este sentido, el tribunal interamericano reitera que:

...la Corte ya ha dicho que el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la misma, que atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un *recurso eficaz*, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales.⁴⁸

Establece la Corte, usando argumentos aplicables también al caso de México, que es necesario hacer efectivos los derechos reconocidos a nivel nacional (entre ellos, el derecho de propiedad) de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado debe adoptar en su derecho interno, ‘las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un *mecanismo efectivo* de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, *acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta*’.⁴⁹

Por lo tanto, el reconocimiento de ciertas facultades sin un mecanismo para hacerlas exigibles ante el poder público, queda reducido a una simple enunciación declarativa sin fuerza vinculativa y, por ello, sin aplicabilidad ni efectividad. El otro riesgo de este tipo de ‘derechos’ que más bien se quedan a nivel declarativo, es que dejan lugar a la arbitrariedad y a la discrecionalidad de la voluntad política, generalmente en el ámbito del poder ejecutivo. Los auténticos derechos son reclamables por la vía judicial,

⁴⁸ *Ibid.*, párrafo 135.

⁴⁹ *Ibid.*, párrafo 138. Una versión extensa y detallada de los estándares en materia de propiedad indígena puede ser encontrada en COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, ‘Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos’, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Washington D.C., 2011.

a fin de que sea precisamente el poder judicial, especializado en la interpretación y aplicación de las normas, quien contribuya a dar contenido a los derechos y asuma la responsabilidad de decidir una solución justa al caso concreto a través de un recurso previsto legalmente para ello.

Es por ello que resulta interesante –como lo demuestra el *Caso Awas Tingni*- la forma en que se ha ido reconociendo el contenido de ciertos derechos indígenas en América Latina a través del litigio y la jurisprudencia internacionales, más allá de la disponibilidad del Estado nacional. Ciertamente, como resalta Bartolomé Clavero, ‘el reconocimiento más categórico de derecho indígena en Nicaragua ha podido últimamente venir por vía no constitucional, sino internacional’.⁵⁰

En un caso similar resuelto también por la CIDH, el *Caso Yakye Axa v. Paraguay*, de 2005, este tribunal retomó los argumentos formulados en el *Caso Awas Tingni* y destacó la importancia de la relación entre ciertos derechos colectivos y la identidad de un pueblo. Señala la Corte que:

Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el *derecho a la identidad cultural* y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.⁵¹

Puede observarse que la Corte marca un camino a seguir a fin de proteger los derechos de las comunidades indígenas como sujetos de derechos, ampliamente protegidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Al proteger el derecho al territorio es claro que argumenta en torno a otros derechos que análogamente pudieren caer en supuestos similares. Tan es así que la Corte

⁵⁰ CLAVERO, B., ‘Derechos indígenas y constituciones...’, *cit.*, p. 335.

⁵¹ CIDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 79, negritas propias. Véase también el Informe N° 75/02 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Mary y Carrie Dann*, Caso 11.140, Fondo, Estados Unidos de América, 27 de diciembre de 2002. El caso se refiere al derecho de propiedad, en igualdad de condiciones, de dos mujeres indígenas en Estados Unidos pertenecientes a la comunidad indígena Western Shoshone. Aunque el caso se enfoca en la violación a este derecho, se aborda también la discusión sobre el derecho de libre determinación de los pueblos indígenas como derecho colectivo del pueblo del cual ellas forman parte (véase párrafos 63 y siguientes). A pesar de que este caso no llegó a la Corte (dado que Estados Unidos no reconoce la competencia contenciosa de este órgano), sí refleja las consideraciones comunes sobre la relación entre el respeto al derecho de libre determinación y el adecuado ejercicio de otros derechos humanos, así como una síntesis sobre la evolución de la normatividad interamericana en la materia. En este sentido, véase especialmente la sección C. “Los principios de derechos humanos de los indígenas y la Declaración Americana sobre Derechos Humanos”.

extrapola los argumentos referidos a la propiedad y los lleva a la relación más amplia entre personalidad de las comunidades indígenas y el ejercicio de los derechos en general:

La Corte considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, *...son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado.*⁵²

Es importante destacar que la Corte establece sus argumentos a partir del reconocimiento que hace de la comunidad como sujeto de derechos, independientemente de la formalidad que exige el derecho interno para ejercer su personalidad.

La Corte reconoce la preexistencia de las comunidades indígenas, por ser previas a la construcción de los Estados, añade además que las limitantes formales que pudieran anteponer estos últimos responden únicamente para hacer determinables y objetivados los derechos que de facto deben gozar las comunidades indígenas. Con base en el axioma jurídico de que a la misma razón debe aplicar el mismo derecho, puede concluirse que estas argumentaciones son también aplicables al derecho a la jurisdicción indígena, por medio del cual los pueblos y comunidades indígenas crean y aplican sus propios sistemas normativos.

Como se establece en la sentencia de la propia Corte en el Caso *Awás Tingni*, en ciertos contextos históricos ‘los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad..., al violarse los derechos de una comunidad de seguir subsistiendo como tal y de poder reproducirse como unidad e identidad, se violan una serie de derechos humanos básicos: el derecho a la cultura, la participación, la identidad, la sobrevivencia’.⁵³

Respecto de mujeres indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dictado las importantes sentencias de *Caso Valentina Rosendo Cantú et al. v. México* y *Caso Inés Fernández Ortega et al. v. México*, ambas de agosto de 2010. Las dos mujeres

⁵² CIDH, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay, ...cit.*, párrafo 70.

⁵³ *Caso Awás Tingni*, d) Peritaje de Rodolfo Stavenhagen, *cit.*

indígenas del pueblo Me'phaa habían sido torturadas y violadas en diferentes circunstancias por oficiales militares en el estado de Guerrero, al sureste del país, en 2002, a la edad de 17 y 25 años, respectivamente, en un contexto marcado por la pobreza, la discriminación y lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos llamó 'violencia militar institucional'. Tanto Valentina como Inés vivían en condiciones de pobreza y no hablaban español, cuestión que dificultó el ejercicio efectivo de su derecho de acceso a la justicia, como lo señaló la Corte. Este tribunal determinó la obligación del Estado además de a la reparación a las víctimas individuales del caso, a tomar medidas con una postura adaptada a la identidad comunitaria indígena para la protección a futuro de los derechos de las mujeres indígenas en condiciones similares de vulnerabilidad.⁵⁴

Por ello, el ejercicio tanto del derecho a la jurisdicción indígena como de los demás derechos indígenas, es necesario para la continuación de la identidad y supervivencia de los pueblos mismos. Por lo tanto, como lo establece la Corte, merece ser protegido y garantizado por el Estado, en particular, por un Estado como México que constitucionalmente se reconoce a sí mismo como un Estado pluricultural.

IV. MARCO JURÍDICO MEXICANO SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. Derechos indígenas y pluriculturalismo en el México moderno

Después de los efectos tan devastadores de la sangrienta lucha de la Revolución Mexicana, la Constitución mexicana de 1917 intentó subsanar los excesos del liberalismo

⁵⁴ Véase CIDH, *Caso Valentina Rosendo Cantú et. al. v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, (ser. C), No. 216, 31 agosto 2010, párrafos 175 y 182; y por la misma Corte *Caso Inés Fernández Ortega et. al. v. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, 30 agosto 2010, párrafos 223, 243-244. En relación con ambos casos, véase CIDH, *Casos Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra v. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2014, y sobre el *Caso Fernández Ortega*, resoluciones de medidas provisionales de 23 de febrero de 2016 y 7 de febrero de 2017. Sobre reparaciones decretadas por la Corte, que involucran a víctimas pertenecientes a una comunidad indígena, y las medidas de alcance comunitario, véanse los precedentes de la CIDH en *Caso Aloeboetoe y otros v. Surinam* (1993); *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala* (2004); *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam* (2005). Véase también *Comunidad Indígena Sawhoyamaya v. Paraguay* (2006) y Opinión Separada del Juez Cançado Trindade; *Xakmok Kasek v. Paraguay* (2010); *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku v. Ecuador* (2012); *Caso Norín Catrimán y otros v. Chile* (2014). Para mayor detalle, véase CENTRO PARA LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos: Sumarios de Jurisprudencia, Pueblos Indígenas*, CEJIL, 2014.

clásico al reconocer las diferencias existentes entre los diferentes habitantes y grupos de la sociedad con la creación de los artículos 27, en cuestión agraria y 123, en el aspecto laboral.⁵⁵ En este sentido, la Constitución es pionera al haber elevado a nivel constitucional las reformas en materia social y no haberse adherido al criterio respetado hasta entonces de que dichas materias correspondían al legislador ordinario. A través de los artículos mencionados se buscaba proteger los intereses de los grupos menos favorecidos de la sociedad: campesinos y trabajadores, sentando con ello las bases de un estado social de derecho. La inclusión del artículo 27 sobre el derecho a la propiedad de la tierra, incluyendo de ciertas entidades colectivas, protegía indirectamente las tierras comunales de las poblaciones indígenas.⁵⁶ Sin embargo, el texto original de la Constitución de 1917 no contenía ningún precepto que hiciera mención especial de los indígenas o de la composición pluricultural del país, probablemente en aras de garantizar la igualdad formal como reacción en contra del pasado colonial estamentario que clasificaba a la sociedad en castas y sectores.⁵⁷

Encontramos hasta 1948 en la legislación nacional el reconocimiento de la diversidad indígena con la Ley que crea el Instituto Nacional Indigenista, organismo con personalidad jurídica propia y filial del Instituto Indigenista Interamericano, la cual contiene la primera norma positiva en una ley federal que utiliza los términos “núcleos indígenas” y “comunidades indígenas” (artículo segundo).⁵⁸

En 1992 se reformó la Constitución mexicana en su Artículo 4,⁵⁹ como resultado de la presión interna de movimientos sociales que demandaban desde los años setentas

⁵⁵ Véase, e.g., VILLORO, L., *Los grandes momentos del indigenismo en México*, Cuadernos de la Gaceta 90, México, El Colegio de México, El Colegio Nacional, Fondo de Cultura Económica, 3a. edición, 1996; y BAZANT, J., ‘From independence to the Liberal Republic, 1821–1867’, en BETHELL, L. (editora), *Mexico Since Independence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp 1-48. Para la historia del derecho indígena en la época virreinal y la primera etapa del México independiente del siglo XIX, véase, e.g., SÁNCHEZ BELLA, I., *et al.*, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Mapfre, 1992; DEL ARENAL FENOCHIO, J. “La protección del indígena en el segundo imperio mexicano: la Junta Protectora de las Clases Menesterosas”, en *Ars Juris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 157-192; y por el mismo autor, sobre el tema más general de historia del derecho y su impacto en los pueblos indígenas, véase ‘Instituciones Judiciales en la Nueva España’, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 22, Número 22, 1998, pp. 9-41.

⁵⁶ Véase *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, Porrúa, cuarta edición, 1994, tomo IV, p. 1281.

⁵⁷ Véase en este sentido, GROTE, R., ‘The Mexican Constitution of 1917: an Early Example of Radical Transformative Constitutionalism’, en BOGDANDY, A.V., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M. y PIOVESAN, F. (eds.), SOLEY, X. (managing editor), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 165-166.

⁵⁸ Ley que crea el Instituto Nacional Indigenista, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de noviembre de 1948.

⁵⁹ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de enero de 1992.

una igualdad más sustantiva y material y el reconocimiento indígena como una cuestión de justicia, así como de la adopción de instrumentos internacionales en la materia, tal como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a finales de los ochentas. El texto reformado del artículo citado reconoció ‘la existencia de los pueblos indígenas y la composición pluricultural del país’, y fue seguido de reformas similares en constituciones estatales como las de Oaxaca, Chiapas, Guerrero e Hidalgo. La estructura federal del país comprende 32 ‘entidades federativas’ (31 estados y la Ciudad de México) y tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal,⁶⁰ que están todos, directa o indirectamente, sujetos a las disposiciones de la constitución general, instrumento que será la base principal del análisis de este estudio a la luz del derecho internacional público.

En 2001 la Constitución fue reformada nuevamente para reconocer la autonomía de los pueblos indígenas y su derecho consuetudinario, entre otros aspectos, para elegir a sus propias autoridades ‘garantizando la participación de las mujeres en condiciones equitativas con los hombres’ (Artículo 2,A,III.). Al mismo tiempo, la Constitución mexicana, al reconocer la autodeterminación de los pueblos indígenas para aplicar sus sistemas normativos para regular y resolver sus conflictos internos, un ‘derecho al Derecho’, especificó que ello debería ser llevado a cabo respetando los principios constitucionales generales, los derechos humanos, y ‘de manera relevante, *la dignidad y la integridad de las mujeres*’ (Artículo 2,A,II.).⁶¹

La reforma constitucional de 2001 también incluyó en el Artículo 2, la disposición A.VIII., que establecía que bajo la autodeterminación y autonomía indígena, los pueblos indígenas tienen el derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Dicha norma agrega que para garantizar ese derecho, ‘en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán *tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales* respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura’.⁶² Puede observarse entonces cómo se configura un derecho de estatuto personal para los individuos y colectivos indígenas (independientemente del territorio donde se encuentren y de situarse o no bajo una

⁶⁰ Nótese que en diferentes instrumentos y documentos jurídicos, las esferas ‘estatal’ y ‘municipal’ en ocasiones se abordan como el nivel de gobierno ‘local’.

⁶¹ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, Artículo 2,A,III.

⁶² Sobre las reacciones de los municipios indígenas del país a la reforma constitucional de 2001, particularmente en el estado sureste de Oaxaca, véase CARBONELL, M., ‘Epílogo. La reforma indígena y la Suprema Corte’, en *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 145-149.

jurisdicción de autonomía indígena), de ser juzgados por los órganos del Estado con la debida consideración y ponderación de sus usos y costumbres, como se ha analizado en los apartados anteriores.

En este contexto, y considerando las referencias particulares de las reformas constitucionales a la situación de las mujeres indígenas, merece una mención especial su situación y las circunstancias relativas al ejercicio de sus derechos. Las mujeres indígenas en México sufren diferentes formas de violencia indirecta o estructural⁶³ causadas por la pobreza sistémica, la desigualdad socioeconómica y la exclusión continua.⁶⁴ Esta perspectiva se ejemplifica en el informe de 2017 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ‘Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas’.⁶⁵ En el caso de México, la pobreza misma se eleva a una categoría autónoma de discriminación y, como tal, afecta a las mujeres indígenas más allá de la visión más tradicional de discriminación interseccional basada en identidad indígena y género,⁶⁶ identidad indígena y pobreza,⁶⁷ o género y pobreza,⁶⁸ y más bien provoca una condición de triple discriminación por el hecho de ser mujer, ser indígena y ser pobre.⁶⁹

Esta condición ha sido señalada como un obstáculo para el acceso a la justicia de las mujeres indígenas y su impacto perjudicial en los derechos humanos en general ha

⁶³ Sobre violencia estructural, véase, e.g., FARMER, P., *Pathologies of Power: Health, Human Rights, and the New War on the Poor*, University of California Press, Berkeley, 2005; y sobre violencia estructural que afecta particularmente a mujeres indígenas y rurales en México, véase GONZÁLEZ MONTES, S., ‘La violencia de género en el campo mexicano: contribuciones recientes a su conocimiento’, en *Estudios Sociológicos XXX: Número Extraordinario*, México, 2012, p. 219.

⁶⁴ SIERRA, M.T., ‘Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de una justicia multicultural’, en GARCÍA, F. (ed.), *Identidades, etnicidad y racismo en América Latina*, Colección 50 años FLACSO, Quito, 2008, p. 284.

⁶⁵ Véase CoIDH, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17, 17 abril 2017.

⁶⁶ Véase, e.g., Foro permanente para las cuestiones indígenas de las Naciones Unidas, 2004, Informe sobre el tercer período de sesiones (10 a 21 de mayo de 2004), E/2004/43 E/C.19/2004/23, para. 3.

⁶⁷ ARIZPE, L. ‘Los Zapatistas: culture and freedom of choice’, Paper presented at the conference in the session “The Zapatista Movement: Nationalism, Ethnicity and Human Rights in a Global Era”, Second Week of Mexico at the LSE, Londres, 28 febrero 2001; y más ampliamente por la misma autora, *Lourdes Arizpe. A Mexican Pioneer in Anthropology*, Springer, UNAM, UNESCO (Springer Briefs on Pioneers in Science and Practice 10), 2014, particularmente pp. 133-134.

⁶⁸ Sobre esta perspectiva, véase, e.g., Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Caso Campo Algodonero v. México*, 2009.

⁶⁹ En este sentido, véase HERRERA, C. y DUHAIME, B., ‘La pobreza de las mujeres indígenas en México. Una intersección de discriminaciones en las políticas de Estado’, en *Debate Feminista*, vol. 49, abril 2014, Universidad Nacional Autónoma de México, México, en p. 269, nota al pie 25; y Equipo CIEPAC, ‘La triple discriminación: un breve bosquejo de la mujer indígena en Chiapas y en México’, en *EcoPortal*, 1 agosto 2007, disponible en <https://www.ecoport.net/>; y un análisis similar en CIDH, *Caso Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala*, Reparaciones, art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, serie C, no. 116, párr. 38 d.

sido reconocido por varios organismos internacionales de derechos humanos, como se ha referido a lo largo de los apartados anteriores.

2. Recepción del Convenio 169 de la OIT y reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas

Las reformas constitucionales de 1992 y 2001 siguieron la línea del Convenio 169 de la OIT, adoptado en 1989 y ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos,⁷⁰ incluido México en 1990,⁷¹ y por algunos países europeos, entre ellos España varios años después, en 2007.⁷² La reforma de 2001 también se llevó a cabo en el contexto de la transición a la democracia en el año 2000 y como consecuencia de la rebelión indígena del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en el estado sureño de Chiapas, un momento innovador desde muchas perspectivas, incluyendo la visibilización de mujeres indígenas en el México moderno.⁷³ La reforma tuvo en cuenta, en parte, los Acuerdos de San Andrés Larráinzar (ASAL) firmados por el EZLN y el gobierno federal en 1996 con el compromiso de presentar el contenido de dichos acuerdos a los órganos deliberantes y decisores competentes, incluido el Congreso de la Unión, órgano legislativo a nivel federal.

Si bien la reforma constitucional de 2001 siguió en general la línea del Convenio 169 de la OIT, agregó ciertas condiciones que no estaban contempladas en la Convención, la cual no hace referencia a la participación política de las mujeres indígenas ni a los derechos o la dignidad de la mujer específicamente. El requerimiento establecido en la reforma en el sentido de la observancia de las normas indígenas por los derechos humanos y particularmente los derechos de las mujeres indígenas, fue incluido como una compensación negociada a cambio del reconocimiento constitucional de la autonomía normativa, jurisdiccional y electoral indígena.⁷⁴

⁷⁰ Véase COURTIS, C., 'Notes on the implementation...', *cit.*

⁷¹ El instrumento de ratificación de México fue depositado ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo el 5 de septiembre de 1990; Decreto promulgatorio publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de enero de 1991.

⁷² Boletín Oficial del Estado, núm. 58, de 8 de marzo de 2007.

⁷³ KNIGHT, A., Paper presented at the conference in the session "The Zapatista Movement: Nationalism, Ethnicity and Human Rights in a Global Era", Second Week of Mexico at the LSE, London, 28 February 2001.

⁷⁴ GONZÁLEZ GALVÁN, J. 'La reforma constitucional en materia indígena', en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, Julio-Diciembre de 2002, p. 257. Véase también GONZÁLEZ OROPEZA, M., 'Aplicación del Convenio 169 de la OIT en México', en CIENFUEGOS

Por otro lado, la reforma constitucional de 2001 dejó margen a las entidades federativas (31 estados y Ciudad de México) para legislar y detallar la regulación y la implementación de los derechos indígenas basados en este marco general. La falta de leyes estatales correspondientes a tal marco general o de leyes estatales diferenciadas que reconozcan los derechos indígenas, sigue constituyendo incluso en la actualidad uno de los principales obstáculos prácticos para la aplicación y el ejercicio del derecho de acceso a la justicia para personas (particularmente mujeres) y pueblos indígenas -tanto dentro de sus comunidades como en relación con las instituciones del Estado. Estas disparidades jurídicas entre las entidades federativas y las comunidades y municipalidades indígenas también han provocado grandes dificultades para alcanzar una interpretación armoniosa y uniforme sobre el alcance del derecho de acceso a la justicia y su relación con los sistemas normativos internos indígenas,⁷⁵ como se analizó en el apartado segundo de este estudio.

Precisamente en parte a raíz de las complejidades de esta relación, se adoptó otra reforma constitucional en 2015, que modificó el Artículo 2,A,III. y sustituyó la redacción del requerimiento constitucional de 2001 para la autonomía electoral indígena que condicionaba su ejercicio a que se garantizara ‘la participación de las mujeres en condiciones equitativas con los hombres’. Como un aspecto relevante para el acceso a la justicia, específicamente la justicia electoral, el texto actual del 2,A,III establece que bajo la autodeterminación y autonomía indígena, los pueblos indígenas tienen el derecho a

Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las *mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad*; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. *En ningún caso*

SALGADO, D. y LÓPEZ OLVERA, M.A. (Coordinadores), Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política, UNAM, México, 2005, pp. 255-265.

⁷⁵ En este sentido, véase BUSTILLO MARÍN, R. y GARCÍA SÁNCHEZ, E.I., *El derecho a la participación política de las mujeres indígenas. Acceso, ejercicio y protección*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, pp. 237-239.

*las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político-electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales.*⁷⁶

Por otro lado, todas las reformas indígenas revisadas no pueden estudiarse de manera aislada, sino que deben entenderse también de forma más amplia en relación con la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Esta reforma sirve como telón de fondo para analizar el escenario de las transformaciones políticas y jurídicas de años recientes en México, que juntas conforman el parámetro de referencia de las demandas de justicia social de distintos actores en el país, incluidos las organizaciones y pueblos indígenas. En efecto, México llevó a cabo una reforma estructural de la Constitución en 2011 para ampliar la protección de los derechos humanos, anclar la superioridad de las normas de derechos humanos y garantizar la aplicabilidad de los tratados internacionales de derechos humanos, incluidos aquellos sobre los derechos de los pueblos indígenas.⁷⁷ Ello adquiere especial importancia para nuestro tema pues fundamenta la actual exigibilidad y plena justiciabilidad en México de los estándares internacionales de derechos humanos de personas y pueblos indígenas articulados por NU y el sistema interamericano, de acuerdo con los elementos que se analizan en el presente estudio.

V. CONCLUSIONES

⁷⁶ Artículo 2,A,III., reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 22 mayo 2015, y levemente modificado en Decreto publicado en la misma fuente el 29 de enero de 2016, para agregar una referencia a la Ciudad de México, como entidad federativa que ha vivido cambios jurídico-políticos recientes respecto de su autonomía dentro del Estado federal, entre ellos, la adopción de la primera Constitución de la Ciudad de México en 2017. Énfasis agregado. Para mayor detalle sobre la normatividad electoral indígena y la situación de las mujeres, véase ISUNZA BIZUET, A., 'Participación Política de las Mujeres Indígenas. Usos y Costumbres', en COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Participación Política de la Mujer en México*, CNDH, 2009, pp. 11-106; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *Democracia igualitaria: Criterios jurisprudenciales para la equidad de género e inclusión de comunidades indígenas*, TEPJF, México, 2014; BUSTILLO MARÍN, R. y GARCÍA SÁNCHEZ, E.I., *El derecho a la participación política de las mujeres indígenas. Acceso, ejercicio y protección*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2014; y BUSTILLO MARÍN, R., *et. al.*, *Derechos políticos y sistemas normativos indígenas. Caso Oaxaca*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016.

⁷⁷ La redacción del Artículo 1 reformado de la Constitución mexicana requiere que las autoridades se adhieran a todos los tratados internacionales de derechos humanos que México ha ratificado. Por lo tanto, las obligaciones generales en materia de derechos humanos se aplican plenamente en el sistema nacional, ya que son obligaciones contenidas en la Constitución. La reforma también requiere que se cumplan las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos para alinear a México con el contenido de los estándares internacionales, tal como lo habían solicitado reiteradamente los organismos nacional y locales de derechos humanos y diversas Organizaciones No Gubernamentales; véase SILVA MEZA, J., *El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

Del análisis realizado, puede observarse que ha habido grandes avances en las últimas décadas, tanto a nivel internacional como a nivel nacional en el caso de México, en cuanto al reconocimiento formal de los derechos de los pueblos indígenas. Existe una conceptualización definida del derecho a la jurisdicción indígena a aplicarse en el seno de las propias comunidades, como ejercicio de la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas como sujetos colectivos. Asimismo, se ha articulado normativamente el derecho a que sean tomados en cuenta usos, costumbres y normas indígenas en procesos y juicios frente al Estado, como derecho de personas y pueblos indígenas a ser respetado y garantizado en sus relaciones con las autoridades y órganos oficiales del 'derecho positivo común mexicano', y que incluye también implicaciones procesales específicas, por ejemplo, el derecho a un traductor e intérprete que conozca la lengua y cultura indígena de que se trate.

Existe además una conciencia reflejada en los instrumentos de NU y sobre todo en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos de que los pueblos indígenas y sus miembros, en especial, las mujeres y niñas indígenas, sufren condiciones de discriminación y vulnerabilidad agravadas que deben ser atendidas a nivel estructural y consideradas de forma individual por el juzgador o juzgadora del caso concreto.

Por otro lado, se observan lagunas y vacíos normativos que deben atenderse, además de distintos obstáculos para realización práctica de los derechos indígenas reconocidos internacionalmente, en particular, el derecho de acceso a la justicia. Ejemplos de ello se encuentran en la falta de una clara distribución de competencias entre autoridades indígenas y órganos del Estado, así como la confusión en la práctica entre el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho a que se tomen en cuenta las costumbres y el derecho consuetudinario indígena en los procesos frente al Estado.

En ese contexto, las interpretaciones destinadas a lograr mayores avances son aquellas que aseguren el respeto a los derechos universales internacionalmente reconocidos como mínimos indispensables para la convivencia pacífica y justa, y que a la vez proporcionen un entendimiento intercultural de los derechos humanos bajo el reconocimiento humilde de que ninguna cultura se agota en sí misma y que la diversidad enriquece a las personas, a las sociedades y a los sistemas de derecho. Por ello, es recomendable redoblar la voluntad política y mejorar el marco institucional y jurídico para la elaboración de políticas públicas que contribuyan al ejercicio efectivo del derecho humano de acceso a la justicia por parte de personas y pueblos indígenas, desde la

perspectiva intercultural y de género que se ha mencionado en este estudio y en el marco del diálogo y el respeto entre distintas expresiones culturales y órdenes jurídicos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Fuentes doctrinales y académicas:

- ARIZPE, L., ‘Los Zapatistas: culture and freedom of choice’, Paper presented at the conference in the session “The Zapatista Movement: Nationalism, Ethnicity and Human Rights in a Global Era”, Second Week of Mexico at the LSE, Londres, 28 febrero 2001.
- _____, *Lourdes Arizpe. A Mexican Pioneer in Anthropology*, Springer, UNAM, UNESCO (Springer Briefs on Pioneers in Science and Practice 10), 2014.
- BAZANT, J., ‘From independence to the Liberal Republic, 1821–1867’, en BETHELL, L. (editora), *Mexico Since Independence*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991, pp 1-48.
- BUSTILLO MARÍN, R. y GARCÍA SÁNCHEZ, E.I., *El derecho a la participación política de las mujeres indígenas. Acceso, ejercicio y protección*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2014.
- BUSTILLO MARÍN, R., *et. al.*, *Derechos políticos y sistemas normativos indígenas. Caso Oaxaca*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2016.
- CANÇADO TRINDADE, A.A., *The access of individuals to international justice*, Oxford University Press, Oxford, Nueva York, 2011.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El Acceso a la Justicia*, FCE, México, 1994.
- CARBONELL, M., ‘Epílogo. La reforma indígena y la Suprema Corte’, en *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, pp. 145-149.
- CENTRO PARA LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *Herramientas para la Protección de los Derechos Humanos: Sumarios de Jurisprudencia, Pueblos Indígenas*, CEJIL, 2014.
- CLAVERO, B., ‘Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas’, en BERRAONDO, M. (coordinador), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Instituto de Derechos Humanos, Serie Derechos Humanos vol. 14, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 313-338.
- COURTIS, C., ‘Notes on the implementation by Latin American countries of the ILO Convention 169 on indigenous peoples’, en *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol.6, no.10, São Paulo, junio 2009, pp. 53-81.
- DEL ARENAL FENOCHIO, J., “La protección del indígena en el segundo imperio mexicano: la Junta Protectora de las Clases Menesterosas”, en *Ars Iuris. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, México, núm. 6, 1991, pp. 157-192.
- _____, ‘Instituciones Judiciales en la Nueva España’, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Escuela Libre de Derecho, Año 22, Número 22, 1998, pp. 9-41.
- Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, H. Cámara de Diputados, LV Legislatura, Porrúa, cuarta edición, 1994, tomo IV.
- FARMER, P., *Pathologies of Power: Health, Human Rights, and the New War on the Poor*, University of California Press, Berkeley, 2005.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999.
- _____, ‘Sobre los derechos fundamentales’, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, no. 15, septiembre-diciembre 2006, pp. 113-136.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., ‘El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos’, en *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, 2000-2001, Ponencia para el Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 12-14 de febrero

- de 2002.
- GÓMEZ ISA, F., 'Diversidad cultural y derechos humanos desde los referentes cosmovisionales de los pueblos indígenas', en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Vol. 27, 2011, pp. 269-315.
- _____, 'The decision by the Inter-American Court of Human Rights on the *Awás Tingni vs. Nicaragua* Case (2001) the implementation gap', en *The Age of Human Rights Journal*, N° 8, 2017, pp. 67-91.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J., 'La reforma constitucional en materia indígena', en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 7, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, Julio-Diciembre de 2002, pp. 253-259.
- GONZÁLEZ MONTES, S., 'La violencia de género en el campo mexicano: contribuciones recientes a su conocimiento', en *Estudios Sociológicos XXX: Número Extraordinario*, 2012, pp. 213-238.
- GONZÁLEZ OROPEZA, M., 'Aplicación del Convenio 169 de la OIT en México', en CIENFUEGOS SALGADO, D. y LÓPEZ OLVERA, M.A. (Coordinadores), *Estudios en Homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Constitucional y Política*, UNAM, México, 2005, pp. 255-265.
- GROTE, R., 'The Mexican Constitution of 1917: an Early Example of Radical Transformative Constitutionalism', en BOGDANDY, A.V., FERRER MAC-GREGOR, E., MORALES ANTONIAZZI, M. y PIOVESAN, F. (editors), SOLEY, X. (managing editor), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 149-170.
- HERRERA, C. y DUHAIME, B., 'La pobreza de las mujeres indígenas en México. Una intersección de discriminaciones en las políticas de Estado', en *Debate Feminista*, vol. 49, Universidad Nacional Autónoma de México, México, abril 2014, pp. 263-285.
- HTUN, M., 'Political Inclusion and Representation of Afrodescendant Women in Latin America', en ESCOBAR-LEMMON, M.C. y TAYLOR-ROBINSON, M.M. (editores), *Representation*, Oxford University Press, Oxford, junio 2014.
- ISUNZA BIZUET, A., 'Participación Política de las Mujeres Indígenas. Usos y Costumbres', en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Participación Política de la Mujer en México*, CNDH, 2009, pp. 11-106.
- KNIGHT, A., Paper presented at the conference in the session 'The Zapatista Movement: Nationalism, Ethnicity and Human Rights in a Global Era', Second Week of Mexico at the LSE, Londres, 28 febrero 2001.
- KYMLICKA, W., *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford University Press, Oxford, 1995.
- MARCOS ESCOBAR, S.E., 'El derecho de los indígenas a una defensa adecuada en el nuevo sistema de justicia penal en México', en *Revista Legislativa de Estudios Sociales y de Opinión Pública*, vol. 5, no. 9, enero-junio de 2012, pp. 181-207.
- OLIVA MARTÍNEZ, J.D. y SÁNCHEZ LIZAMA, A., 'Derechos de los pueblos indígenas: marcos de protección en la Agenda 2030 y en los Principios rectores sobre empresas y derechos humanos', en DÍAZ BARRADO, C.M. y FERNÁNDEZ LIESA, C.R. (Directores) y VERDIALES LÓPEZ, D.M. (Coordinadora), *Objetivos de Desarrollo Sostenible y Derechos Humanos: Paz, Justicia e Instituciones Sólidas / Derechos Humanos y Empresas*, Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria de la Universidad Carlos III de Madrid, No. 9, 2018, pp. 317-331.
- SÁNCHEZ BELLA, I., *et al.*, *Historia del Derecho Indiano*, Madrid, Mapfre, 1992.
- SIERRA, M.T., 'Conflicto cultural y derechos humanos: en torno al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas', en *Rev. Memoria*, número 147, mayo 2001.
- _____, 'Mujeres indígenas, justicia y derechos: los retos de una justicia multicultural', en GARCÍA, F. (editor), *Identidades, etnicidad y racismo en América Latina*, Colección 50 años FLACSO, Quito, 2008, pp. 269-287.
- SILVA MEZA, J., *El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

- SORIANO FLORES, J.J., 'El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas de México: una aproximación desde los derechos humanos,' en *Ciencia Jurídica*, Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho, Año 1, núm. 2, 2012, pp. 159-169.
- STAVENHAGEN, R., *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988.
- _____, 'Los Derechos Indígenas: Nuevo enfoque del sistema internacional', en *Antropología jurídica*, No. 3, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1995, pp. 87-113.
- _____, 'El marco internacional del derecho indígena', en GÓMEZ Magdalena (coordinadora), *Derecho Indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1997, pp. 43-64.
- TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *Democracia igualitaria: Criterios jurisprudenciales para la equidad de género e inclusión de comunidades indígenas*, TEPJF, México, 2014.
- VALIENTE LÓPEZ, A., 'Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas', en MARTÍNEZ, J.C., et al., *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Fundación Konrad Adenauer, Oficina México, 2012, pp. 63-78.
- VILLORO, L., *Los grandes momentos del indigenismo en México*, Cuadernos de la Gaceta 90, México, El Colegio de México, El Colegio Nacional, Fondo de Cultura Económica, 3a. edición, 1996.

Fuentes jurisprudenciales:

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, Sentencia del 31 agosto 2001.
- _____, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa v. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- _____, *Caso Inés Fernández Ortega et al. v. México*, 30 agosto 2010.
- _____, *Caso Valentina Rosendo Cantú et al. v. México*, Objeción Preliminar, Méritos, Reparaciones y Costas, Sentencia, (ser. C) No. 216, 31 agosto 2010.

Fuentes documentales:

- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS PRO DH, MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ, 'Detención arbitraria y encarcelamiento injusto de mujer indígena en Querétaro, México', Información entregada al Sr. James Anaya, Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas; a la Sra. Gay McDougall, Experta independiente sobre cuestiones de las minorías; y al Grupo de Trabajo sobre la detención arbitraria, el 11 de mayo de 2009, México, 2009.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe Especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre el Caso de Discriminación a la Profesora Eufrosina Cruz Mendoza*, en *Gaceta*, Año 18, núm. 212, CNDH, México, marzo 2008.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.L/V/II, 30 diciembre 2009.
- _____, *Las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/17, 17 abril 2017.
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, Pueblos indígenas-demografía, disponible en http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=1387 (consultado el 30 de noviembre de 2017).

- MECANISMO DE EXPERTOS DE NU SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, 'El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas', Estudio del Mecanismo de Expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, A/HRC/27/65, 7 de agosto de 2014.
- OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la Justicia para Indígenas en México: Estudio de caso en Oaxaca*, ONU-DH México, 2007.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS-GUATEMALA, *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde el enfoque de derechos humanos: Perspectivas en el derecho indígena y en el sistema de justicia oficial*, OACNUDH-Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales, mayo de 2008.
- Principios y Directrices de las Naciones Unidas sobre el Acceso a la Asistencia Jurídica en los Sistemas de Justicia Penal*, Resolución de la Asamblea General de NU, 67/187 [sobre el informe del Tercer Comité (A/67/458)], 20 diciembre 2012.
- RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE EL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Olivier De Schutter, Misión a México, A/HRC/19/59/Add.2, 17 enero 2012.
- RELATOR ESPECIAL DE NACIONES UNIDAS SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES DE LOS INDÍGENAS, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, E/CN.4/2004/80, 2004.

Fuentes periodísticas y de medios de comunicación:

- AQUINO, E., 'Liberan a mujer detenida por policías comunitarios en Oaxaca; pasó 3 años presa por falso delito', en *Animal Político*, 23 de marzo de 2017, disponible en <https://www.animalpolitico.com/2017/03/liberan-mujer-oaxaca/> (consultado el 25 de mayo de 2018).
- OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 'La ONU-DH urge a dar respuesta integral a la crisis de desplazamiento interno forzado en Chiapas', Comunicado de Prensa, ONU-DH, 1 de diciembre de 2017, disponible en <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/press-releases/207-mexico-chiapas> (consultado el 15 de enero de 2018).