



LVII LEGISLATURA DEL
ESTADO DE MÉXICO



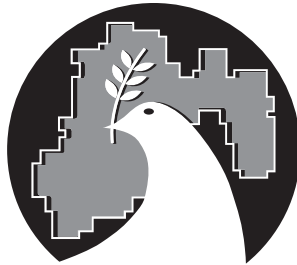
COMISIÓN DE
DERECHOS HUMANOS
DEL ESTADO DE MÉXICO

14°

CERTAMEN DE ENSAYO
SOBRE DERECHOS HUMANOS

**“LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS 2011”**

2011



COMISIÓN DE
DERECHOS HUMANOS
DEL ESTADO DE MÉXICO

MEMORIA DEL DÉCIMO CUARTO CERTAMEN
DE ENSAYO SOBRE DERECHOS HUMANOS

“LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS 2011”

2011

MEMORIA DEL DÉCIMO CUARTO CERTAMEN
DE ENSAYO SOBRE DERECHOS HUMANOS

**“LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN
MATERIA DE DERECHOS HUMANOS 2011”**

Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México:
Marco Antonio Morales Gómez

ISBN: 978-607-9129-05-7

Número de autorización del Comité Editorial: CE/BLB/01/12

© D.R. Comisión de Derechos Humanos del Estado de México

Dr. Nicolás San Juan No. 113, Col. Ex Rancho Cuauhtémoc,

C.P. 50010, Toluca, México.

Tel. (01 722) 2360560

Página de internet: www.codhem.org.mx

Tiraje: 500 ejemplares

Editor responsable: Luis Antonio Hernández Sandoval

Diseño editorial: Deyanira Rodríguez Sánchez

Primera edición 2012

LAS OPINIONES VERTIDAS EN ESTA PUBLICACIÓN SON RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES. LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO LAS HA PUBLICADO EN APOYO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL RESPETO A LA PLURALIDAD.

QUEDA ESTRICTAMENTE PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE LOS CONTENIDOS E IMÁGENES DE LA PUBLICACIÓN SIN PREVIA AUTORIZACIÓN DE LA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MÉXICO.



I. PRESENTACIÓN 5

II. ENSAYOS GANADORES

PRIMER LUGAR

**LA OTRA VOZ: LOS DERECHOS INDÍGENAS
EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL
DEL 10 DE JUNIO DE 2011**

MARIO CRUZ MARTÍNEZ

- I. INTRODUCCIÓN 7**
- II. CONTENIDO. LOS DERECHOS HUMANOS INDÍGENAS
Y SU CARÁCTER EMANCIPATORIO 13**
 - A. El derecho indígena y el sistema jurídico mexicano 15**
 - B. Los derechos indígenas en México y el derecho
internacional de los derechos humanos 20**
- III. PROPUESTAS: LOS DERECHOS INDÍGENAS EN SERIO 22**
 - A. Dignidad humana e igualdad jurídica 23**
 - B. El derecho indígena y la costumbre jurídica 24**
 - C. La autodeterminación indígena 27**
 - D. El derecho a la consulta y la cosmogonía indígena 28**
 - E. Derecho a la participación política 31**
 - F. Territorialidad indígena 31**
- IV. CONCLUSIONES 32**
- V. SÍNTESIS 34**
- VI. BIBLIOGRAFÍA 34**

SEGUNDO LUGAR

**LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS
IMPLICACIONES EN LA VIDA CONTEMPORÁNEA DEL
ESTADO MEXICANO A LA LUZ DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO**

JUAN CARLOS RAYÓN GONZÁLEZ

- I. INTRODUCCIÓN 38
- II. EXPOSICIÓN 40
 - A. Implicaciones de vivir en un estado constitucional y democrático de derecho 40
 - B. Los derechos humanos vs el derecho penal 40
 - C. La prisión preventiva en México, y ahora ¿qué sigue? 45
 - D. Seguridad pública y seguridad ciudadana, sus diferencias e implicaciones 50
- III. SÍNTESIS 54
- IV. PROPUESTAS 54
- V. CONCLUSIONES 55
- VI. FUENTES 55

TERCER LUGAR

**LA IMPORTANCIA DEL BINOMIO
LEGISLACIÓN/INDICADORES PARA UNA COMPRESIÓN
HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE
LAS MUJERES Y DE LA NIÑEZ EN EL CONTEXTO DE LA
REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2011**

GINA ALMA ESCANDÓN CARRILLO

- I. INTRODUCCIÓN 58
 - A. Los derechos humanos de la mujer en la legislación internacional 62
 - B. Los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia en la legislación internacional 64
- II. SÍNTESIS 66
- III. PROPUESTAS 67
- IV. CONCLUSIONES 68
- V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA 68



El diez de junio de 2011, con la entrada en vigor del decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nuestro país consiguó un avance cardinal en el fortalecimiento de los derechos humanos.

Los alcances de la reforma son de suma importancia. El primer capítulo, llamado *De los Derechos Humanos y sus Garantías* consolida su reconocimiento y protección, privilegiando en todo momento la protección más amplia a las personas. Cualquier norma o texto que trate sobre derechos humanos deberá considerar lo que establecen la Constitución y los tratados internacionales en la materia.

Las incorporaciones al texto constitucional definen y delimitan las obligaciones de las autoridades que en el ámbito de su competencia deberán respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En caso contrario, el Estado será el responsable de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los mismos.

Respecto al fomento de los derechos fundamentales se consideró el ámbito educativo y su cabal respeto en entidades como el sistema penitenciario. También se definió la autonomía de los organismos de protección de los derechos primigenios como una característica propia que debe ser garantizada por las Constituciones de las Entidades y el Estatuto del Gobierno del Distrito Federal.

Este contexto fue inmejorable para convocar a la ciudadanía a participar en el décimo cuarto certamen de ensayo con el tema: *La reforma constitucional en materia de derechos humanos 2011*. La profusa recepción de ensayos confirma el interés despertado y la apropiación de la noción de derecho fundamental en nuestra sociedad.

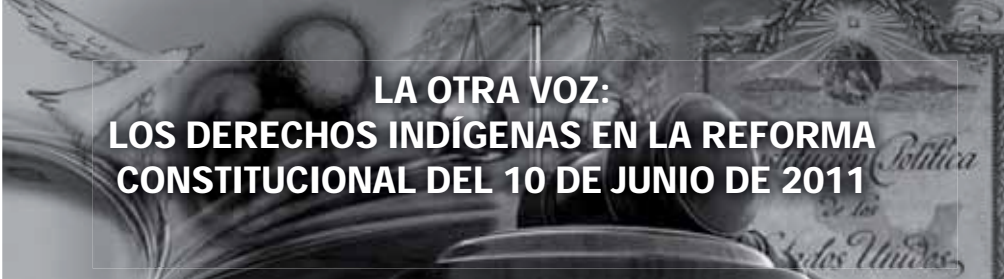
El primer lugar fue para Mario Cruz Martínez con *La otra voz: los derechos indígenas en la reforma constitucional del 10 de junio de 2011*. El segundo lugar se otorgó a Juan Carlos Rayón González con *La reforma de derechos humanos y sus implicaciones en la vida contemporánea del Estado*

Mexicano a la luz del análisis económico del derecho. El tercer lugar correspondió a Gina Alma Escandón Carrillo con *La importancia del binomio legislación/indicadores para una comprensión histórica de los derechos humanos de las mujeres y de la niñez en el contexto de la reforma constitucional de junio de 2011.*

Los ensayos son, sin duda, importantes respaldos que no sólo validan la trascendencia de las reformas, sino que proponen y alientan a la sociedad a dar consistencia y seguimiento al trazo que se ha iniciado y que necesita la participación activa y decidida de todos.

La Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, con el objetivo de difundir el pensamiento de los defensores y estudiosos de los derechos humanos, pone a consideración del público lector los ensayos ganadores del certamen en su décimo cuarta edición; manifestando nuestro interés por continuar con las tareas institucionales de difusión; y, confiando en que las ideas aquí plasmadas contribuyan al fortalecimiento de la cultura del respeto a los derechos fundamentales.

M. en D. MARCO ANTONIO MORALES GÓMEZ
PRESIDENTE



LA OTRA VOZ: LOS DERECHOS INDÍGENAS EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 10 DE JUNIO DE 2011

Mario Cruz Martínez¹

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN; II. CONTENIDO; III. PROPUESTAS; IV. CONCLUSIONES, V. SÍNTESIS, VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

Una de las características de las democracias contemporáneas es la de enunciar sus reclamos a través de la gramática de los derechos humanos. En este sentido, es posible adver-

tir como los tiempos de los derechos han transformado la expresión “erese una vez los deberes y no las libertades”² al presente de los derechos humanos como el coto vedado de los Estados. En efecto, las democracias contemporáneas han advertido que el derecho es y será un instrumento de cambio. En esta tesitura se pueden ubicar los reclamos de los pueblos indígenas en México. El siglo XX fue pródigo en la creación de una teoría crítica de los pueblos indígenas. El indigenis-

¹ Síntesis curricular del Dr. Mario Cruz Martínez. Tel. 59504000 ext. 7804. Profesor -Investigador de la Universidad Iberoamericana y Coordinador de la Maestría en Derechos Humanos de la Ibero-Santa Fe. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. SNI (desde enero de 2011). Correos electrónicos: mario.cruz@uia.mx, macruz12002@yahoo.it. I.FORMACIÓN JURÍDICA: 2002-2007, Doctor en Derecho por la Universidad de Roma II (*Sistema Giuridico Romanistico e unificazione del diritto. Università degli Studi di Roma II-Tor Vergata*, Maestría en Derecho (*Magister in diritto*) *Università degli Studi di Roma Tor Vergata*. (febrero 1998-octubre 1999), y 1992/1996 Licenciado en Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialización en derecho público. Título obtenido en febrero de 1999 con mención honorífica; *Diplôme en droit comparé* en la *Universidad Panthéon Sorbonne* (julio de 2010). II. FORMACIÓN FILOSÓFICA: 2006-2007 Master 2 *Recherche en Philosophie et Esthétique*. Universidad de la Sorbona (*Université Paris IV-Sorbonne*); 2005-2006. *Maitrise en Philosophie et Esthétique*. Universidad de la Sorbona (*Université Paris IV-Sorbonne*); Master 2 *Recherche en Philosophie Politique*. *Universidad París X-Nanterre*; 2004-2005 *Diplôme Universitaire en Langue et civilisation française*. *Université Paris X-Nanterre*, y 2001-2002. Especialización en Filosofía (imprescindibles de la Ética y la Política), Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional Autónoma de México. (noviembre 2001-mayo 2002). III. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN: Derecho comparado (derecho judicial y federalismo), filosofía del derecho (derechos humanos y argumentación jurídica) y derecho público (derecho indígena y derecho municipal).

² Véase, CABRILLAC, Rémy, *et al*, *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris 2010, p. 7.

mo mexicano destacó las incongruencias del discurso oficial, ya que por una parte señalaba la importancia del espíritu indígena en la conformación del espíritu nacional, y por la otra mantenía en penumbras el debate de los derechos de los pueblos indígenas. Las razones del fenómeno anterior son espinosas y de difíciles meandros, pero una petición fue perenne, la de dotar de derechos y su auténtico ejercicio a los pueblos indígenas.

La reforma de derechos humanos del 10 de junio de 2011 provocará un cambio mayúsculo en el sistema jurídico mexicano y especialmente, en los derechos humanos de los pueblos indígenas. Sin embargo, como ha señalado Ronald Dworkin, el texto constitucional es un conjunto de disposiciones programáticas que deben ser actualizadas por los tribunales y por los diferentes actores sociales. En este sentido, los derechos indígenas son una región del derecho mexicano que podrá ser evidenciado de manera completa por la reforma de derechos humanos, ya que con la posibilidad de interpretar los derechos humanos a la luz de los tratados internacionales, será posible concebir el derecho indígena en su faceta de derecho internacional de los derechos humanos. Hay que recordar que la reforma constitucional indígena de agosto de 2001 fue considerada por varios sectores como incompleta, ya que no recogía de manera integral los principios establecidos en diferentes instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). En este panorama, resulta interesante identificar un elemento de la discusión. Los reclamos sociales y políticos de los pueblos indígenas en México se han metamorfoseado

en enteramente reclamos jurídicos en la última década. En otras palabras. La reforma de derechos humanos amplía el universo de los derechos fundamentales en el ordenamiento mexicano, pero sobre todo, proporciona poderosas herramientas para la salvaguarda de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Precisamente, este ensayo hará una propuesta de cuáles derechos deberán ser considerados por el legislador nacional, con motivo de la reforma de derechos humanos y con la obligatoriedad del control de convencionalidad por parte de los jueces de México y fundamentalmente, por los aplicadores del derecho; especialmente, los integrantes del poder judicial. Además, es evidente la falta de reconocimiento de la cuestión indígena por parte de las diferentes legislaciones, pero más aún, el desconocimiento de los principios jurídicos que animan el paradigma indígena. En este sentido, resulta contundente la afirmación de Rodolfo Stavenhagen:

*la violación sistemática de los derechos humanos y colectivos de los indígenas se debía, en buena medida, al desconocimiento de su derecho consuetudinario y de las normas y costumbres que regulan su vida social*³.

¿Cuál es el propósito de este ensayo? Mencionemos algunas de las razones. Además de articular un gran avance en el sistema democrático, la reciente reforma constitucional del 10 de junio de 2011 brinda una oportunidad única al sistema jurídico mexicano para la salvaguarda efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas, a partir de la utilización de los principios que se pueden identificar en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia internacional y en el derecho

³ Analizado y citado en CHENAUT, Victoria, y SIERRA, Teresa, "La antropología jurídica en México: temas y perspectivas de investigación", en *Pueblo indígenas ante el derecho*, CIESAS, México 1995, p. 13.

comparado. Como se explicará más adelante, la labor de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido determinante para la protección de derechos de los pueblos indígenas en el orbe latinoamericanos, pero además, gradualmente se ha ido articulando una serie de principios de derechos humanos en la órbita de los derechos de los pueblos indígenas. Así, resulta indispensable materializar o individualizar los principios que plantea la reforma constitucional. En otras palabras. El cambio constitucional permitirá la posibilidad de ir creando una taxonomía hermenéutica en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas. Para tal fin, en esta sede estudiaremos sentencias que hayan dado una solución a una controversia donde estuvieran en juego derechos indígenas⁴ y con la finalidad de establecer una serie de principios o reglas co-

munes⁵ en el ámbito de los derechos de los pueblos indígenas. Así, se buscará articular una serie de reglas y principios resultante de la consideración de principios jurídicos indígenas emanados del derecho estatal e internacional de los derechos humanos, reglas jurídicas que han dimanado de variadas jurisdicciones nacionales, así como de otros documentos que han logrado especificar el perfil del derecho indígena latinoamericano⁶. En resumidas cuentas, se presentará una serie de principios hermenéuticos que den luz a las disposiciones programáticas en materia indígena que delinea el texto constitucional mexicano, y sobre todo, después de la reforma constitucional indígena de 2001.

Antes de continuar, vale la pena detenernos en la consideración sobre la trascendencia de los estudios comparativos en el discernimiento

⁴ En los últimos años, el estudio del derecho comparado ha permitido establecer principios comunes en diversas áreas del derecho. Si bien, en un principio la comparación jurídica se llevaba a cabo considerando, fundamentalmente, las legislaciones y ordenamientos estatales, en los últimos años la utilización de la comparación jurídica se ha realizado considerando sentencias judiciales; esta vertiente de análisis ha sido enfocado con especial atención en el ámbito latinoamericano. Véase por ejemplo, ROLLA, Giancarlo, “La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina”, en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales constitucionales y democracia), UNAM-IMDPC-Marcial Pons, México 2008, pp. 545-568; en la misma obra puede consultarse el texto de PEGORARO, Lucio, “La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: Un análisis comparado”, pp. 385-436.

⁵ Para abundar el tema de la articulación de un derecho común a la luz de la comparación jurídica, véase, DELMAS-MARTY, Mireille, “Le phénomène de l’harmonisation: L’expérience contemporaine”, en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Société de Législation Comparée*, France 2003, pp. 39-54.

⁶ En este sentido, vale la pena señalar la contribución que han tenido los informes técnicos denominados *Amicus Curiae*, que han sido de gran ayuda para el discernimiento de los derechos indígenas en el orbe latinoamericano. Esto es importante, porque “el Amicus es una herramienta interesante para aportar a favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes, o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública de la decisión por adoptar. (...) De igual manera, los Amicus contribuyen al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social al poner en escena argumentos públicamente ponderados y puede proporcionar a los magistrados, actualizadas pautas atinentes a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (TIDH), por parte de los diferentes órganos del sistema interamericano de derechos humanos, instrumentos de jerarquía constitucional que hoy no pueden ser ignorados”, RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL),

de los derechos de los pueblos indígenas⁷; esto porque la importancia de la vertiente del derecho comparado es indispensable al momento de considerar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El estudio jurisprudencial y la referencia a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas posicionan un elemento decisivo en la discusión. La función hermenéutica del derecho comparado, sobre todo en el espacio latinoamericano. Como ya hemos visto, la comprensión de los problemas jurídicos que surgen en virtud del ejercicio de derechos de los pueblos indígenas no puede más que considerarse a la luz de otras experiencias nacionales. Asimismo, el derecho comparado resulta una buena veta de análisis frente a los fallos planteados por el poder judicial mexicano ya que permitirá evidenciar las posibles vías de reflexión y nuevas posibles respuestas en la solución de controversias dimanadas de la cuestión indígena⁸. En una palabra, el seguimiento del derecho indígena en el ámbito comparativo posibilita la creación de un derecho comparado⁹ latinoamericano y establece los vértices para la defensa auténtica de los derechos de los pueblos indígenas.

En este sentido, resulta necesario concebir el derecho indígena, no tan solo desde la perspectiva legislativa sino desde la óptica judicial. Como señalara un autor, "hay constituciones que expresamente se fundan en derechos. Jueces hay que eficientemente los aseguran. Una y otra cosa no siempre se dan juntas"¹⁰. Como se podrá argüir al final de este ensayo, resulta imperativo desentrañar fallos de cortes judiciales para poder vertebrar una tipología de principios que resulten útiles para los diferentes aplicadores del derecho, y demás sectores interesados en la aplicación de la justicia indígena. Consideramos necesario brindar a los pueblos indígenas, a la doctrina, a los aplicadores del derecho, en definitiva, a todos aquellos interesados en la defensa de derechos de comunidades indígenas, no tan solo de un catálogo de derechos o de principios normativos, sino de una adecuada tipología de principios jurídicos que les posibiliten la defensa de cualquier derecho.

Siguiendo esta línea de reflexión, encontraríamos que la adecuada defensa de los derechos, pasa necesariamente por la adecuada argumentación jurídica. Los derechos indígenas

con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSION, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza de los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010-370), p. 5.

⁷ Para entender la importancia de los derechos humanos indígenas, resulta interesante descubrir la rica jurisprudencia internacional y la considerable doctrina a partir de la aplicación y exégesis del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, o bien, la creación de la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas a principios del nuevo milenio.

⁸ Véase a guisa de ejemplo, la sentencia sobre el Amparo directo en revisión 1624/2008, donde el ponente, Ministro José Ramón Cossío Díaz y el secretario Roberto Lara Chagoyán, hacen referencias explícitas a fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos de los pueblos indígenas.

⁹ Una de las funciones del derecho comparado es la búsqueda de una *lingua commune*. Cfr. LEGRAND, Pierre (Coordinador), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París 2009, especialmente el texto de Marie-Laure Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison des droits*, pp. 123-146.

¹⁰ CLAVERO, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1988, p. 15.

habían sido una mera excepción en los tribunales mexicanos. De ahí, que la referencia al derecho comparado sea obligatoria. Además, si se atisba en el derecho comparado, se puede identificar un buen número de iniciativas que han buscado posicionar la labor de los tribunales y su incidencia en la construcción de mecanismos necesarios para la consolidación de los sistemas democráticos. En este orden de ideas, es claro cómo el derecho ha logrado ser un adecuado vehículo para la canalización de demandas ciudadanas. Detrás de la añeja discusión si los cambios sociales empujaban los cambios jurídicos, se ha advertido en la cuestión indígena, que los cambios sociales requieren del acompañamiento jurídico. Harold Berman planteó una interesante tesis en su célebre texto *Law and revolution*¹¹: Si una revolución no trasciende el ámbito del cambio social violento, por la búsqueda de un nuevo ordenamiento jurídico, la revolución se metamorfosea en una mera asonada o revuelta más. Esto es, el derecho es necesario para la constitución de nuevos horizontes normativos que recrean un espacio democrático de participación ciudadana. Los diferentes movimientos indígenas en México han logrado articular un poderoso discurso social en donde el derecho tiene un lugar preeminente¹².

En este punto, es necesario hacer una reflexión sobre cómo esa interpretación judicial, y en especial en el ámbito de los dere-

chos de los pueblos indígenas, contribuye a la defensa esencial de los derechos humanos. En la tradición de derecho continental, *civil law*, la figura del juez se presenta como una mera entidad interpretadora de la voluntad del legislador y de esta manera, el reconocimiento del poder legislativo como la entidad creadora del derecho; sin embargo, esta visión ha adquirido ciertos matices en los últimos años. Una buena razón es el auge de las discusiones democráticas a la luz de los procesos de judicialización de la política; en otras palabras, la forma en cómo los procesos democráticos van acompañados de reformas profundas y sostenidas en el marco legal y en el cambio del concepto del Estado de Derecho. La plenitud del principio de igualdad y su concomitante regulación bastó y sobró en innumerables casos para definir soluciones y crear límites en los cuales se podía desarrollar la actividad judicial. Precisamente, los derechos indígenas son una muestra clara de los alcances de esta realidad. Los diferentes fallos que decidieron sobre la suerte de múltiples casos atendieron a la pertinencia de satisfacer los planteamientos jurídicos desde la óptica del principio de igualdad y de ciudadanía “neutra” plasmado en las diferentes constituciones y como se comprenderá, se desprotegieron una buena parte de reclamos jurídicos indígenas.

Vayamos por partes y veamos la trascendencia de la interpretación judicial en la con-

¹¹ Cfr. BERMAN, Harold, *Law and revolution (The Formation of the Western Legal Tradition)*, Harvard University Press, 1983, pp. 1-45.

¹² Para entender los alcances del concepto de revolución en el ámbito de las luchas sociales indígenas, véase, CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “La otra revolución: El neozapatismo y sus implicaciones jurídicas”, en *Derecho y revolución*, (En prensa), y ANSOLABEHERE, Karina, *Diversidad retórica: Suprema Corte de Justicia y Diversidad Cultural (Borrador)*: “Es notorio que desde mediados de la década del 90, cuando toma luz pública el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), se produce una paradoja, quienes toman las armas para hacer visible la situación de marginación de los pueblos indios de México, y las diferentes expresiones de las organizaciones indígenas eligen la vía del derecho como una de las principales para dar curso a sus reivindicaciones históricas”, p. 1.

formación de un entramado efectivo para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. La labor de los jueces sigue los cánones de la literatura, narrativa jurídica, y en el ámbito del derecho indígena no es la excepción. Según Ronald Dworkin, explicando la figura del *law-maker* desde la tradición jurídica del *common law*, la sentencia funge como un capítulo de una novela *seriatim*, en donde las decisiones judiciales posteriores deben considerar la trama de la anterior¹³. En otras palabras, la actividad judicial debe procurar establecer principios que sigan los criterios establecidos por diferentes tribunales del sistema jurídico y de esta manera se creen zonas de certidumbre en donde existan criterios compartidos que se vuelvan elementos del propio ordenamiento jurídico. Revisando una serie de tesis del poder judicial, especialmente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, podemos identificar diferentes principios que evidencian la riqueza del fenómeno indígena y sobre todo, como los derechos político-electorales indígenas tienen una gran amplitud en el momento de su materialización. O con otras palabras. Los usos y costumbres electorales indígenas establecen una cultura política que tiene un para-

digma diverso en el momento de ejercitar y plasmar los derechos políticos por parte del poder judicial¹⁴.

Otra cuestión que es necesario subrayar en esta sede, es la relativa a la construcción de los diferentes principios o reglas dimanadas de las sentencias emitidas por los diferentes poderes judiciales. Un rasgo que ha diseñado el continente de las argumentaciones jurídicas ha sido la utilización del derecho comparado¹⁵. Justamente los diferentes elementos con los que puede contar el aplicador de derecho, deben ser concebidos a partir de su utilidad en el momento de fallar y buscar la salvaguarda de un derecho humano. Es esta una oportunidad invaluable para el jurista, que con la aplicación de principios jurídicos logrará brindar justicia y constituir un auténtico sistema jurídico democrático.

Recapitulando. La comprensión de los derechos indígenas a la luz de diversas sentencias tanto de México como del derecho comparado implica considerar el fenómeno indígena desde otro enfoque. Tradicionalmente, el análisis de los derechos indígenas había sido realizado tomando en cuenta -casi- exclusi-

¹³ Para abundar sobre este tema, véase, DWORKIN, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge- Massachusetts 1986, p. 228 y siguientes. Esta idea de Dworkin es desarrollada por Ana Laura Magaloni y señala sobre el papel del tribunal constitucional un imperativo necesario: "La jurisprudencia constitucional será, precisamente, el conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de tal modo que se tenga una visión global de las distintas caras o problemas que genera la eficacia del derecho en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso", MAGALONI KERPEL, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?, en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales Constitucionales y democracia), UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México 2008, p. 280.

¹⁴ Cfr. La tesis S3EL 152/2002. *Usos y costumbres*. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad, en *Revista Justicia Electoral 2003, Tercera Época, suplemento 6, Sala Superior*.

¹⁵ En el derecho europeo se ha constituido una fuerte doctrina que concibe al derecho comparado como un instrumento necesario en la articulación de un derecho común, surgido al amparo de la actividad judicial.

vamente las legislaciones. El derecho solo en su manifestación estatal. Vayamos por partes. 1994 es un año decisivo en la historia de México y sobre todo, en la geografía de la ciencia jurídica mexicana. Por una parte, la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la imbricación de la cultura jurídica mexicana, de tradición de derecho escrito, y el sistema jurídico de *common law*¹⁶; por otro lado, el surgimiento del movimiento social encabezado por el EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) galvanizó la discusión sobre los derechos indígenas, que cristalizó en la reforma constitucional de 2001. En dicha reforma se establecieron disposiciones programáticas que establecieron derechos, de diferente calibre, a los pueblos indígenas. Así, las diferentes entidades federativas fueron estableciendo un derecho legislativo que reproducción, con sus matices, los principios de la Constitución Federal. Antes de continuar esta reflexión, es necesario subrayar el cariz político y emancipatorio del derecho indígena y su innegable utilidad en la discusión de los derechos humanos.

II. CONTENIDO. LOS DERECHOS HUMANOS INDÍGENAS Y SU CARÁCTER EMANCIPATORIO

A pesar de la tensión que pueda existir entre la realidad social y el diseño planteado por el sistema jurídico, siempre debe existir un equilibrio. La necesidad social no puede alejarse de la expectativa social. En este sentido se puede entender que desde hace algún tiempo se ha discutido como la modernidad jurídica estableció un paradigma de regulación jurídi-

ca, pero también como el fenómeno jurídico tiene una misión de proveer una esfera mínima de emancipación social. La reforma del 10 de junio de 2011 establece una multiplicidad de perfiles a la ciencia jurídica mexicana que logra importantes avances en el ámbito de la emancipación. En este sentido, uno de los aspectos que merecen ser considerados a la luz de la importante reforma, es el relativo a los derechos de los pueblos indígenas. No es un hecho novedoso el que la cuestión indígena en México plantee notables brechas de reflexión a la doctrina jurídica. Las aristas del paradigma jurídico indígena incluyen discusiones como la costumbre indígena y su elación frente a la ley; derechos individuales vs. derechos colectivos; propiedad privada contra propiedad comunitaria; igualdad y no discriminación.

Los derechos indígenas fueron una rareza en el sistema jurídico del México del siglo XX. De inicio, los reclamos de los pueblos indígenas fueron más bien considerados bajo el análisis antropológico, etnológico o sociológico. En esta perspectiva, el derecho indígena fue ubicado bajo el rubro de derechos consuetudinarios. Incluso, en muchos análisis, los derechos indígenas eran asimilados al derecho de los más desprotegidos y alejados del discurso oficial y nacional. Lo anterior aparejado con la ingente desigualdad social y económica y falta de desarrollo en que han vivido un buen número de comunidades indígenas, evidenció un cariz de la cuestión. La total negación del estado para brindar derechos y bienestar a dichos sectores. Dicha marginación provocó la creación de espacios de debate y discusión en donde los indígenas se lograron articular

¹⁶ Sobre este particular véase el texto, CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: ¿El civil law en revisión?”, en *Jurídica (Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana)*, Número 39, México 2009, pp. 93-124.

como símbolo de desigualdad y alejamiento del discurso político. Por ello, la cuestión indígena generó un poderoso discurso social, político y cultural. Tan es así, que la crítica que se realizó al paradigma jurídico tradicional fue el de asumir que la cuestión indígena fuese visualizada bajo el matiz del derecho de las minorías.

Como se podrá entender, no es posible entender la cuestión indígena sin la discusión jurídica; pero también es indudable que la discusión jurídica no puede prescindir de la consideración social y política. Por ello, es posible afirmar que el fenómeno indígena debe entenderse bajo dos vértices: como movimientos sociales y en su faceta de derecho internacional de los derechos humanos. En el primer aspecto la lucha denodada de un buen número de actores sociales y políticos ha sido determinante para la conformación de un poderoso movimiento que en los últimos años ha adquirido importancia en América Latina, y que ha hecho visible la falta de equidad del Estado nacional en la aplicación correcta de políticas públicas que palien las carencias materiales, económicas y sociales en que históricamente han vivido los pueblos indígenas. En este sentido, el escuálido andamiaje jurí-

dico y la falta de esquemas institucionales, han prohiado en México, lo que un autor ha caracterizado como un modelo estatal débil y por consiguiente, una "democracia débil"¹⁷.

La galvanización política propiciada por los movimientos sociales e indígenas consolidaron un debate profundo en el ámbito jurídico: La internacionalización de los derechos indígenas bajo el esquema de los derechos humanos. Así, en lo que concierne la globalización de los derechos humanos, como discurso e ideología, el derecho indígena ha logrado constituir un *corpus* bien definido, como evidenciar la desigualdad en el ejercicio de los derechos civiles y políticos y más aún, la falta total de atención de los gobiernos nacionales para el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades indígenas¹⁸. Resulta claro pues, que la cuestión social y cultural es un tema recurrente en el debate sobre los derechos indígenas. Más allá todavía. Se advierte una cuestión indispensable en el derecho indígena, la forma cómo los derechos humanos de los pueblos indígenas se ejercen de manera colectiva¹⁹. De tal manera se advierte la importancia que tiene el derecho indígena en su connotación internacional, en el constitucio-

¹⁷ Véase, HOLZNER, Claudio A., "Mexico: Weak state, Weak Democracy", en *The Quality of Democracy in Latin America* (Edited by Daniel H. Levine and José E. Molina), Lynne Rienner Publishers, Londres 2011, p. 83 y ss.

¹⁸ La proclamación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007, marca un hito en la mundialización de los derechos de los pueblos indígenas.

¹⁹ Así, se lee en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros"; en el mismo orden, señalan los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano a dicho Proyecto de 1998: "El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales solo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva", citado por *Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, (fondo, reparaciones y costas), p. 2.

nalismo y en las democracias latinoamericanas. En una palabra. Los derechos humanos de los pueblos indígenas son concomitantemente una crítica a las democracias liberales y una crítica a la ciencia jurídica tradicional.

A. El derecho indígena y el sistema jurídico mexicano

Veamos la importante galvanización que han tenido los derechos indígenas en México en los últimos tiempos. Desde la última década de los años noventa del siglo pasado, el derecho en México comenzó a cambiar su óptica de análisis y de comprensión. Una infinidad de factores explican dicha situación. Por ejemplo, la comunicación de ciertas características del derecho anglosajón, como el reposicionamiento de la figura del juez y el papel determinante del poder judicial en el sistema democrático, aunado a la visibilización de los derechos indígenas en el marco constitucional, constituyó un buen punto de partida para entender la dimensión jurídica del fenómeno indígena. Aunado a lo anterior, es posible advertir que el derecho mexicano singularizó los principios de la modernidad jurídica. En este sentido, el ordenamiento jurídico mexicano omiso en principio a la regulación de los derechos indígenas, constituyó un sistema jurídico pleno de contradicciones, ya que bajo el auspicio del principio de igualdad, pretendió enfrentar cualquier causa, atribuyendo al ordenamiento legal, la falta de regulación normativa.

Desde las diferentes ópticas que se tengan para analizar los derechos indígenas, las posibles facetas de reflexión señaladas son con-

vergentes en un aspecto. No es posible brindar justicia social, disminución de la pobreza de las comunidades indígenas si no existen las herramientas jurídicas para galvanizar la defensa de los derechos en todos los órdenes. Según el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en 2004:

La justicia debe entenderse no sólo como la aplicación efectiva de la ley y el funcionamiento de un buen sistema judicial, sino también como un proceso en el que las personas que se encuentran permanentemente en situación de acusada desventaja pueden encontrar la forma de superar los distintos tipos de desventajas por medios legítimos y socialmente aceptables a largo plazo²⁰.

En otras palabras, es evidente la importancia que tiene el auténtico ejercicio de los derechos en el ámbito de los pueblos indígenas para lograr la existencia de un sistema equitativo en las sociedades indígenas. En este marco surgen diversos cuestionamientos complejos. ¿Cómo es posible establecer un equilibrio entre el ordenamiento jurídico y la cascada proteica de las necesidades de los pueblos indígenas? Precisamente, la amplitud temática y el continente de la realidad indígena han permitido el análisis desde diversas ópticas. De tal suerte, las comunidades indígenas resultan un excelente modelo para entender las cuitas de la ciencia jurídica en dos ámbitos perfectamente acotados. El derecho como una encarnación de lo público y el derecho como un conjunto normativo que pretende recrear las libertades ciudadanas y más aún, con el objetivo de potenciar la cultura, y los universos morales. Dicho con otras palabras, se advierte que la visión que comprende al

²⁰ “Las cuestiones indígenas”, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, (E/CN.4/2004/80), 26 de enero de 2004, p. 7.

fenómeno jurídico como paradigma lleno de opeles formales y requisitos legislativos, ha transitado a un horizonte donde el derecho se presenta como universo de la imaginación política de los ciudadanos y como un buen número de posibilidades de actuación ciudadana. Asimismo, las declaraciones de derechos humanos demostraron la existencia de un dilema en el ámbito indígena. Su perfección geométrica en el plano ideal, y la difícil aplicación en la espinosa y cruda realidad. Por ello, resultaba quimérico crear paradigmas jurídicos, leyes, códigos que pretendieran colmar un continente amorfo y lleno de veleidades que resultaban en la hibridación de las culturas indígenas y su interacción con otros modelos culturales. Un desafío resulta evidente. Cuando dos derechos humanos se hallan enfrentados, quién asumiría la responsabilidad de decidir sobre la jerarquía de uno o de otro. Es aquí donde emerge la participación de los poderes judiciales en el ámbito de la ponderación jurídica. Sin embargo, más adelante se abundará sobre este importante tópico²¹.

De todo lo anterior surge una interrogante, ¿cuál ha sido el papel de la jurisprudencia en el universo indígena? Vayamos por partes.

Víctor Hugo Cárdenas, Presidente del Comité Directivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe en los años noventas, señala una anécdota importante²²: en 1995, varios dirigentes indígenas pisaban por vez primera las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia y, según el autor, se evidenciaba una paradoja: desde cuándo la administración de justicia ha estado vinculada de manera cercana y efectiva con el mundo indígena. En realidad la historia resulta interesante por su valor simbólico y la pléyade de cuestionamientos que surgen. ¿Dentro de la ciencia jurídica es posible hablar de un paradigma multicultural? ¿El ordenamiento jurídico mexicano debe reconocer la diferencia étnica y sacrificar, en ciertos casos, el principio de homogeneidad surgido o recreado por el principio de igualdad? ¿Los pueblos indígenas han tenido la posibilidad real de ejercer sus derechos colectivos? ¿Las diferentes entidades del Estado y los aplicadores del derecho han propiciado la búsqueda efectiva de criterios de justicia en el ámbito del derecho indígena? ¿El sistema jurídico mexicano cuenta con las herramientas necesarias para la aplicación del derecho en la órbita indígena? ¿Es posible referirse al

²¹ Leamos las palabras de un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Es fácil advertir en sus 136 artículos (de la constitución mexicana) tres propósitos fundamentales previstos por el Constituyente Originario y dinamizados por el Constituyente Permanente, o Poder Reformador: 1.- Garantías individuales que tienden a salvaguardar y hacer efectivos los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad mexicana; 2.- Protecciones especiales a favor de los indígenas, los campesinos y los obreros, con el fin de corregir desviaciones socioculturales, políticas y económicas que han propiciado su marginación y, con ello, han dificultado seriamente que puedan gozar de la forma de vida que suponen los derechos que la Constitución reconoce a todos; 3.- principios y reglas de la organización y funcionamiento del gobierno a fin de que sea eficaz y eficiente para lograr cotidiana y dinámicamente que se consigan a plenitud los objetivos señalados en las líneas anteriores", Voto Particular que formula el ministro Mariano Azuela Güitrón en contra de la resolución mayoritaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las controversias constitucionales 48/2001 y 82/2001 promovidas por los ayuntamientos de Santiago Amoltepec y San Pedro Quiatón Tlacolula, del Estado de Oaxaca, respectivamente, p. 13.

²² *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 65.

concepto de autonomía y autodeterminación en el universo indígena? ¿Cómo se articularía y cuáles serían los alcances de la autonomía y autodeterminación en el sistema jurídico mexicano? Los cuestionamientos son tan amplios como complejos. Pero, en los últimos años, después de que una buena parte de países de América Latina realizaron en sus diseños constitucionales el reconocimiento de paradigmas constitucionales multiculturales, surgen otro tipo de desafíos para los diversos sistemas jurídicos. ¿Cómo hacer efectivos los principios ordenadores del derecho consuetudinario indígena y permitir la homologación en el ámbito jurisdiccional? En otras palabras, como conciliar los diferentes modelos normativos del derecho indígena y lograr su justiciabilidad en la administración de justicia del Estado nacional. El problema a resolver no es fácil y sobre todo, no puede delegarse la obligación al legislador nacional para resolver las dudas que sobresalen por esta cuestión, porque como se señalara, el acceso a la justicia “constituye el más fundamental de los derechos”²³. De lo contrario, se puede caer en un dudoso círculo vicioso sin salida.

Lo que se destacará en este ensayo, es la integración de un modelo de análisis jurídico, a través de la enunciación de principios o

reglas jurídicas surgidas en la interpretación judicial mexicana o de algunos fallos judiciales por jurisdicciones internacionales o de otros ordenamientos nacionales. Obviamente, este estudio plantea un análisis que deberá ser continuado en otra sede, pero que busca marcar una impronta. Identificar dentro de la actividad judicial los principios que se han construido por los tribunales. Lo anterior tiene una teleología bien definida, constituir un modelo de orientación en la impartición de justicia y sobre todo, comenzar a construir una gramática auténticamente jurídica sobre los diferentes principios o reglas que surgen con motivo de la aplicación de normas jurídicas en el ámbito indígena. Dicho trabajo resulta necesario porque tradicionalmente la doctrina mexicana al analizar los meandros del sistema jurídico indígena ha privilegiado la exégesis de textos constitucionales y se ha enfocado a identificar los principios existentes en el propio derecho constitucional²⁴; o bien, en otra tesitura, algunos establecen la necesidad de que los propios ciudadanos sean garantes del cumplimiento de las normas tanto nacionales como internacionales²⁵; esta veta de reflexión es también un aspecto que no consideraremos en esta investigación. Más allá de lo anterior, entre otras posibles de análisis del derecho indígena, se puede ha-

²³ Frase de Mauro Cappelletti citada por Don Sergio García Ramírez en *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de marzo de 2006*, en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay, p. 1.

²⁴ Véase, por ejemplo, *El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, México 2008. También puede leerse, GREGOR BARIÉ, Cletus, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, México 2000, 594 p., donde se hace un análisis donde se estudian aproximadamente 21 legislaciones de América Latina.

²⁵ Señala Stavenhagen, que en materia de derechos indígenas, “si bien son los gobiernos quienes firman los tratados internacionales, es la sociedad civil quien debe estar pendiente de ver cómo el gobierno cumple sus obligaciones”, STAVENHAGEN, Rodolfo, “Derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas”, en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2006, p. 25.

cer una caracterización o más bien, se puede hacer el esfuerzo por sistematizar los frutos de los diferentes tribunales y de las diversas jurisdicciones, tanto locales como de otras tradiciones. Esto porque desde diversos fallos judiciales se ha establecido la necesidad de menuzar los diversos derechos indígenas en el ámbito de las legislaturas estatales. Lo anterior es un buen punto de partida para señalar que casi siempre se ha pretendido dejar toda la obligación al legislador para hacer más específicos y concretos los derechos de los pueblos indígenas²⁶.

La ausencia de la nominación de los derechos indígenas en el sistema mexicano era un gran déficit del modelo constitucional mexicano. Paradójicamente, la discusión política y social del indigenismo en México ha sido tan amplia como heterogénea y con una larga historia en el siglo XX. Si se revisa la amplia bibliografía de los movimientos indígenas se advertirá, que con raras excepciones, la argumentación jurídica, hecha por juristas, ha estado ausente en la articulación de propuestas.

Este panorama ha sido modificado con el posicionamiento de la temática de los derechos humanos y ha creado una notable discusión y ha conformado, incluso, una ideología sobre los conflictos y los derechos de las comunidades indígenas. En efecto, la relación estrecha entre pobreza y retraso económico de la mayoría de los pueblos indígenas en México ha sido determinante para crear una teoría crítica sobre los paradigmas políticos y jurídicos del México del XXI. Se puede señalar que tácitamente se ha aceptado la discriminación de los pueblos indígenas²⁷. De esta forma, en los últimos años se ha logrado consolidar un buen *corpus* teórico sobre los sistemas jurídicos indígenas, que han permitido abrir, importantes brechas de reflexión científica y sobre todo, posicionar la cuestión indígena en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, una interrogante surge en el ámbito del estado constitucional mexicano con motivo de los derechos indígenas: cómo articular el derecho indígena en el derecho nacional. Las posibles respuestas van desde lo político hasta lo social²⁸; sin embargo, escasamente se

²⁶ “Constituye por tanto, labor de las entidades federativas y, concretamente, de sus Poderes Legislativos, establecer el marco legal de este reconocimiento, los requerimientos que deberán satisfacerse para poder ser considerados pueblos, comunidades y sujetos indígenas en lo individual, con las consecuencias que este reconocimiento implica en la aplicación de las disposiciones constitucionales y legislativas. Concretamente, se establece la obligación para los Estados, tratándose de comunidades indígenas, de dictar las normas para su reconocimiento como entidades de interés público”, Amparo en revisión 123/2002. 4 de octubre de 2002. (Interés jurídico; derechos de los pueblos indígenas: improcedencia del amparo por reformas constitucionales en cuanto al fondo), p. 1644.

²⁷ “El órgano reformador de la Constitución, como encargado de adaptarla a la realidad social, estableció ahora diversos derechos en materia indígena al encontrarse estos sectores de la población en situaciones de rezago y desigualdad frente al resto de la población que conforma la nación mexicana”, Amparo en revisión 123/2002, 4 de octubre de 2002 (Interés Jurídico; derechos de los pueblos indígenas: improcedencia del amparo por reformas constitucionales en cuanto al fondo), Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XVI, p. 455 y ss.

²⁸ Por ejemplo, el jurista Jorge Alberto González Galván sugiere como propuestas para la inclusión de lo indígena en el ámbito del Estado nacional: “Se tendría que ir incorporando personal a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales del Estado, con conocimientos de las lenguas y culturas de los pueblos indígenas. Parte de este proceso podría considerar la posibilidad de convocar a nuevos congresos constituyentes para darnos Constituciones (federal y locales) con representantes de los pueblos indígenas, que respondan a la demanda de respeto a las diferencias culturales para

ha argumentado la importancia que tendría lograr la validez del derecho indígena desde la actividad de los tribunales.

Además, una de las razones que sobresalen para estudiar tribunales que aplican derecho internacional o derecho común, es la protección que hacen esas jurisdicciones a los derechos colectivos²⁹ y además porque algunos de ellos, “perfilan una dimensión transnacional de la jurisdicción constitucional”³⁰. Asimismo, en la arena internacional se ha intentado dialogar los derechos individuales y los derechos colectivos de las comunidades indígenas, sobre todo, en lo concerniente en el ámbito de los derechos humanos³¹. Finalmente, un aspecto que resalta el análisis de los derechos indígenas es la falta, en un inicio, por parte de los Estados nacionales de reconocer su naturaleza. Incluso, paradójica-

mente, en el derecho internacional es posible advertir la necesidad de las comunidades indígenas de buscar el reconocimiento, pero sobre todo, el auténtico ejercicio de sus derechos. Paradoja clara, porque la expresión derecho internacional³² resultaría contradictoria; “derecho” se referiría a una órbita soberana del Estado e “internacional” se establece a partir de la pluralidad de sistemas jurídicos y las diferentes inte-relaciones de éstos. Se requiere señalar que el fenómeno indígena se vincula a derechos de pueblos originarios, es decir, a realidades culturales y sociales que tienen una dinámica propia y que en ciertos casos se alejan de la realidad que establece el Estado-nacional. Las razones de esto escapa a esta investigación, sin embargo, en el ámbito jurídico tiene grandes consecuencias. Es claro destacar, que se buscará caracterizar una tipología de principios jurídicos que es-

que las relaciones sociales sean igualitarias, y respondan a la demanda de solidaridad social para que las condiciones de vida de la mayor parte de la población de este país sean dignas”, GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, “Validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, pp. 48-49.

²⁹ Véanse los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales sólo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva”. Citado por el Juez Diego Vio Grossi, *Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, (fondo, reparaciones y costas, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 2.

³⁰ Cfr. CABALLERO OCHOA, José Luis, “México y el sistema interamericano de protección”, en *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México 2002, p. 619.

³¹ Cfr. Art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007: *Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos*.

³² En los últimos años se han escrito una buena cantidad de textos que buscan contextualizar a los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional. Véase por ejemplo, ANAYA, Jame, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005; CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, UNAM, México 2006.

tablezcan insumos que permitan a los juristas resolver los conflictos jurídicos³³. Es pues, que el *leit motiv* que anima este ensayo es notablemente conceptual, pero buscando en la praxis de los tribunales. Debe recordarse, que este estudio es general y seguramente deberá ser continuado y profundizado.

B. Los derechos indígenas en México y el derecho internacional de los derechos humanos

Resulta necesario analizar la necesidad del sistema jurídico mexicano de "internacionalizar" los derechos nacionales de los pueblos indígenas de México. Esto debido a diversas circunstancias. Aunado a la utilización del derecho comparado se plantea un escenario de reivindicaciones indígenas en el sistema internacional, o como se ha señalado, la globalización de reclamos sociales. Los derechos indígenas han demostrado en los últimos años su vocación universal, desplazando su órbita nacional para inscribirse en el ámbito de la denominada globalización jurídica. Dicho de otra manera, el fenómeno indígena ha adquirido notoriedad por su cariz político social para constituirse uno de los principales temas

de la agenda democrática de América Latina. En esta línea de reflexión resulta necesario destacar la importancia de la actividad judicial en materia de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas. Diversos países han logrado transitar de modelos homogéneos a diseños institucionales complejos o plurales y es justo, que el papel de los poderes judiciales ha sido determinante.

En lo relativo a los derechos indígenas, el gran debate ha sido lograr plantear los diferentes conceptos culturales y sociales indígenas de acuerdo a la gramática jurídica. Esta tarea ha sido uno de los principales obstáculos, lograr homologar adecuadamente nociones como autonomía, autogobierno, usos y costumbres desde los diversos conceptos jurídicos que integran el entramado jurídico. Esto se presenta como un elemento indispensable de la discusión, porque solo a través de un adecuado abecedario jurídico de los pueblos indígenas se logrará un acceso efectivo a la salvaguarda y protección de los derechos del mundo indígena. Dicho con otras palabras, existen disciplinas, como la antropología y sociología por ejemplo, que han ayudado a explicar los meandros de la cuestión indígena³⁴, pero ha faltado

³³ En esta investigación no se analizará el tema de la actividad del Estado para establecer elementos que efectivamente logren elevar los índices sociales y económicos de los pueblos indígenas. Todo esto estaría más bien en la órbita de políticas públicas. Como se ha afirmado, "las políticas públicas de derecho judicial en relación con los pueblos indígenas se refieren, por una parte, al reconocimiento de su derecho a ejercer su derecho, es decir, sus sistemas normativos y su jurisdicción, y, por la otra, a la obligación del Estado a garantizar su derecho a acceder a la justicia estatal", GONZALEZ GALVÁN, Jorge Alberto, "El convenio 169 de la OIT y la reforma constitucional indígena en México", en *Los derechos humanos y la globalización. Fascículo 4. Derechos humanos. Del multiculturalismo a la interculturalidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México 2008, p. 29.

³⁴ Véase por ejemplo, en el ámbito de las pruebas del Caso, los testimonios de dos especialistas antropólogos Theodore Macdonald y Rodolfo Stavenhagen, donde señala el primero la importancia del concepto de cultura indígena para entender la noción indígena del territorio: "Para hablar de los Mayagna como comunidad hay que verlo todo como un proceso. Actualmente es un grupo que tiene su propio liderazgo, tiene su propia forma de organización social y se reconoce a sí misma como una comunidad indígena", p. 23. Stavenhagen afirma: "Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros

una adecuada taxonomía jurídica para entender los conceptos jurídicos a la luz de otras disciplinas³⁵.

Veamos algunas consideraciones que han impedido comprender los principios jurídicos subyacentes de la realidad indígena. Justamente uno de las interrogantes que han desvelado la ineficacia del sistema de justicia en México es la aplicación, desde el siglo XIX, del principio de igualdad de manera indiscriminada. En el caso de las comunidades indígenas, el siglo XIX demostró la intención del sistema político y jurídico de “incluir” a los pueblos indígenas en el discurso nacional. Son pocos los análisis que se pueden obtener del derecho indígena en el siglo XIX y por ello resulta imprescindible atisbar en otras disciplinas para desvelar las características de lo indígena y de la forma en que la justicia concibió a la cuestión indígena.

Por otra parte, en México el estudio del derecho desde el ámbito judicial ha sido más bien escaso, y sobre todo se ha privilegiado el estudio de la ciencia jurídica desde la teoría; lo anterior no se afirma con el ánimo de menoscabar la importancia de la “teoría

pura” sino más bien, destacar la necesidad de contar con principios sobre la interpretación concerniente a la multiculturalidad a partir del análisis jurídico de lo social concreto (sentencias) y enhebrando la teoría filosófica de la multiculturalidad. Las razones de esta decisión deben evidenciarse. Desde hace un buen tiempo se ha considerado a la práctica judicial totalmente supeditada a las reglas legislativas; este punto de vista resulta cierto. Sin embargo, existe un buen número de sentencias que han logrado establecer principios que la legislación y la teoría jurídica no habían podido desvelar³⁶.

Otra cuestión que ha creado una serie de obstáculos a la adecuada impartición de justicia en el ámbito indígena, ha sido el de la histórica corrupción y la perenne desigualdad social y económica que padecen las comunidades indígenas en México. Si bien en el México decimonónico la discusión sobre la cuestión indígena fue exigua y notoriamente ausente de los grandes debates políticos y sociales, es posible encontrar algunas referencias interesantes. Una de las consideraciones más notables de la reflexión judicial fue la planteada en el siglo XIX por el jurista Ignacio Vallar-

Europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos”, p. 25.

³⁵ Como señalara de manera contundente Héctor Díaz Polanco: “Hay mucha ignorancia de lo que pasa en las comunidades indígenas en relación con el derecho consuetudinario, y es algo que hay que trabajar para rellenar este hueco. Pero me parece que no se debe descuidar el conocimiento de la lógica jurídica nacional, es decir, la lógica de los juristas, porque el desconocimiento imposibilita la posibilidad de articulación”. Otro problema de volver demasiado antropológico el estudio de los derechos consuetudinarios indígenas, continúa Díaz Polanco, es la de referirse “a esta tradición de la antropología a convertir en objeto absoluto su objeto de trabajo, de investigación y de reflexión; es probablemente nuestra enfermedad infantil y además la miseria de la antropología. Ya descubrimos una mina, la del derecho consuetudinario, ahora la convertimos en algo absoluto, algo que tiene lógica propia”, DÍAZ POLANCO, Héctor, participación en Presentación de Libro *Entre la Ley y la costumbre*, (14 de junio de 1990), Cuadernos del Instituto Indigenista Interamericano.

³⁶ Por ejemplo, la Sentencia Yatama de 2005 dictada por la Corte Interamericana resulta una excelente orientación sobre la aplicación de los derechos políticos de las comunidades indígenas.

ta. Para este notable abogado, el principio de igualdad jurídica debía borrar cualquier diferencia entre las comunidades indígenas y los derechos individuales. Como se puede advertir, la igualdad entraña uno de los principales símbolos del constitucionalismo mexicano con el que se buscó plantear las soluciones al fenómeno indígena. En este sentido, se ha señalado que a pesar de que el sistema jurídico mexicano estableció con el principio de igualdad, una certeza técnica al momento de impartir justicia, y de esta manera se sujetó a las comunidades indígenas a la utilización del principio de individualismo jurídico, los pueblos indígenas intentaron reivindicar sus derechos a través de los instrumentos procesales existentes.

III. PROPUESTAS: LOS DERECHOS INDÍGENAS EN SERIO

Inicialmente, es necesario identificar la importancia que tiene en el sistema jurídico mexicano la Convención Americana de Derechos Humanos. Tanto en el ámbito de la Comisión como en el de la Corte Interamericana, se advierte una importante labor interpretativa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esta tarea resulta determinante para lograr establecer principios de armonización de los derechos humanos en su carácter individual y algunos de los derechos indígenas que tienen un contenido colectivo o comunitario. Una infinidad de debates sobre la correcta

aplicación de los derechos indígenas ha sido la aplicación irregular de los principios del Estado de derecho. Por ello, para la comprensión cabal de dicho proceso hermenéutico es necesario mirar el itinerario de las actividades de la Comisión y de la Corte. Como se ha estudiado³⁷, el sistema interamericano tiene tres momentos de análisis de la cuestión indígena latinoamericana: La primera se inscribe en la década de los años ochenta del siglo XX, donde se articula una serie de importantes debates sobre la naturaleza de los derechos fundamentales de las pueblos indígenas y que advirtieron los aspectos culturales de éstos y su articulación en el sistema interamericano. El segundo momento corresponde a la actividad de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en donde se destaca la realización de diagnósticos que buscaban la protección especial de los derechos indígenas; finalmente, la tercera ola se encuentra en el momento de los inicios del funcionamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en donde gradualmente, como veremos más adelante, se han ido perfilando los derechos indígenas a la luz de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁸.

El análisis de las sentencias de la Corte Interamericana despierta un sinfín de reflexiones jurídicas y evidencian, en el tema que nos concierne, a un buen número de perspectivas, que a veces palmarias otras implícitas, sugieren una forma diferente de entender el

³⁷ Véase la tipología sobre el desarrollo de los derechos indígenas en el sistema interamericano y las vicisitudes de su fraseo en el sistema interamericano, CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los *pueblos indígenas*”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México 2007, pp. 143-150.

³⁸ En este sentido se puede aseverar que “no es ilógico entonces, en los contextos ubicados, que para la Corte Interamericana los *pueblos indígenas* sean estructuras socioculturales que poseen derechos como colectivos de orden político, económico, cultural y territorial que deben ser garantizados y respetados por los Estados”, CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los *pueblos indígenas*”, *Op. cit.*, p. 149.

fenómeno de los derechos indígenas y la forma en cómo los aplicadores del derecho han entendido la construcción de razonamientos que evidencian el perfil del ordenamiento jurídico indígena en América Latina.

En las siguientes páginas veremos algunos principios y derechos fundamentales sobre el derecho indígena que deben considerarse en la interpretación de los derechos indígenas de la Constitución mexicana.

A. Dignidad humana e igualdad jurídica

Como se podrá advertir, uno de los grandes debates en la ciencia jurídica es determinar los alcances del principio en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas³⁹. Esto porque si bien la igualdad material se reconoce en el texto constitucional, la existencia real de principios de aseguramiento del derecho a un mínimo vital son cuestionables en el derecho indígena. La corte constitucional colombiana ha señalado que “si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con

mayor facilidad, en situaciones que comprometan la efectividad de su derecho”⁴⁰. Por otra parte, la Corte Interamericana ha destacado que

*el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrados en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales*⁴¹.

En este sentido es “discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable”⁴².

Encontramos que, en la impartición de justicia indígena pues, se desvelan dos aspectos de la discusión sobre la igualdad. Por una parte, se habla de una notable desigualdad en el ámbito económico, social y por el otro, se habla de que la igualdad jurídica, como principio legal, inhibe el adecuado reconocimiento de los derechos colectivos. De tal suerte, paradójicamente los pueblos indígenas han pugnado por el reconocimiento de ciertos matices en el concepto de igualdad dentro del ejercicio de sus derechos. Esto ha marcado un elemento de la discusión. Además, es notoria la falta de estudios sobre la igualdad en el ámbito indígena⁴³.

³⁹ *Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad*, Tesis S3EL 152/2002, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes*, p. 786. Cfr. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, T.XXI, pp. 43-63.

⁴⁰ Sentencia T-581 A/11 sobre sentencia del 16 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-581a-11.htm (Consultada 26 de septiembre de 2011).

⁴¹ Caso Yatama vs. Nicaragua, párrafo 184.

⁴² Caso Yatama vs. Nicaragua, párrafo 185.

⁴³ CLÉRICO, Laura, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Op. cit.*, p. 160, señala una tesis interesante respecto a la igualdad en el ámbito indígena: “La insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no sólo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento, sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento

A partir de la interpretación que ha brindado la Corte Interamericana podemos encontrar dos grandes grupos de sentencias que han menudizado el principio de igualdad de acuerdo a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas⁴⁴: a) Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay 2005; Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay 2006; Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay 2010. En este grupo de sentencias la Corte establece las condiciones mínimas de vida digna de las comunidades indígenas y la relación de esta noción a partir del concepto de propiedad comunitaria. b) La célebre sentencia Yatama vs. Nicaragua donde se analiza los derechos políticos de los pueblos indígenas.

De los fallos precedentes se pueden individualizar diversos derechos específicos que se analizarán más adelante. Vale la pena señalar, que cada uno de esos derechos tiene una íntima relación con el principio de igualdad, y sus diferentes materializaciones según sea el derecho.

B. El derecho indígena y la costumbre jurídica

Uno de los principales aspectos que se deben subrayar de la peculiaridad del sistema jurí-

dico indígena es la posibilidad que establece el texto constitucional de la "aplicación de sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos"⁴⁵. El debate que se ha planteado con fruición es la eventual discrepancia entre la costumbre indígena y el ordenamiento estatal; sin embargo, en muchos casos se ha pretendido imponer una discusión entre ambos terrenos, anteponiendo el aspecto de la cultura. Es decir, como si la cosmogonía cultural fuese un obstáculo para la correcta aplicación del marco legal. Por ello, se debe destacar un elemento de la discusión, la costumbre como uno de los elementos basilares del sistema jurídico en la tradición jurídica de occidente y su presencia indiscutible en el análisis de los diversos casos que su suscitan en el ámbito de los pueblos indígenas. Justo, el sistema jurídico mexicano ha sido renuente a comprender los diferentes matices que plantea la diversidad cultural en la aplicación del marco legal⁴⁶. Probablemente, y es solo una hipótesis, el ordenamiento legal fue en exceso purista e incapaz de articular un paradigma que lograra entender las diferentes manifestaciones y los diferentes ejercicios de los mismos derechos por diferentes grupos sociales. Otra idea sería la incapacidad de contar con aplicadores del derecho, lo suficientemente independien-

como en el caso de los planteos de los pueblos originarios. Así, ser reconocido como un igual no sólo amplía nuestra mirada sobre los derechos, sino que devela la íntima relación entre derechos, democracia deliberativa e igualdad, entendidas todas como la lucha por la paridad participativa de los grupos desaventajados en el sistema interamericano".

⁴⁴ Seguimos la taxonomía planteada por CLÉRICO, Laura, "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Op. cit.*, p. 170 y siguientes.

⁴⁵ Artículo segundo de la Constitución mexicana.

⁴⁶ Sobre los derechos culturales, véase el análisis detallado de RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, "Balance preliminar de jurisprudencia del TC en materia de derechos culturales", en *Ponencias de investigadores del Instituto de Defensa Legal presentadas al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)*, agosto de 2010, pp. 3-33.

tes para hacer valer principios diferenciados como en el ámbito del derecho indígena. Finalmente, en el debate de la *consuetudo* se ha pretendido considerar a la costumbre como acompañante incómoda de la ley. Como hemos estudiado, la costumbre tiene una larga presencia en el sistema jurídico del derecho continental y se ha considerado como un elemento determinante del sistema jurídico. Esto es, la costumbre como señalará Juliano, D. 1, 3, 32, la costumbre es una forma de la manifestación de la voluntad popular⁴⁷.

Como es posible advertir, la aplicación de la costumbre no tan solo se refiere al respeto a una identidad social sino más bien, a la posibilidad de considerar un universo cultural que complete la identidad política de las comunidades indígenas. En este sentido vale la pena señalar que a pesar de que existan en una comunidad indígena diversos códigos culturales o formas de desarrollar su identidad política y cultural, el sistema jurídico debe brindar los medios para que los diferentes grupos puedan ejercer sus derechos. Dicho de otra manera, como lo señala la propia

Constitución, los pueblos indígenas deben “acceder plenamente a la jurisdicción del Estado”. De lo anteriormente señalado, surge uno de los aspectos que merecen señalarse en lo que concierne los derechos indígenas, es el binomio cultura y derecho. Precisamente se ha reiterado que la identidad cultural es un elemento que el Estado debe proteger⁴⁸. Uno de los problemas que plantea el reconocimiento de la costumbre indígena entraña identificar una práctica social en la cosmogonía de los pueblos indígenas⁴⁹.

Sin embargo, hay ciertas áreas en las cuales pueden surgir conflictos que el aplicador del derecho debe vertebrar adecuadamente y comprender las diferencias entre los diferentes órdenes. El ámbito penal resulta particularmente atractivo para nuestro análisis por las importantes deficiencias del sistema legal para brindar efectividad al derecho de acceso a la justicia; así, en el orbe indígena se encuentran notables desigualdades que hacen patente una indiscutible desigualdad material⁵⁰. Esto por uno de los aspectos que señala la Constitución federal, al plantear que “los

⁴⁷ Véase nuestro trabajo, CRUZ MARTÍNEZ Enrique y CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “Breve geografía de la consuetudo”, en *Estudios en honor a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Internacional y otros temas*, UNAM, México 2005, pp. 83-124.

⁴⁸ En este sentido debe parafrasearse las formas cómo deben entenderse el concepto de cultura. Para tal fin, Stavenhagen considera a ésta como capital social, como actividad creativa, y en una acepción más general como un modo de vida, “como la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos sociales”, citado por RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSIÓN, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza a los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010—370)

⁴⁹ Véase el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), donde dos indígenas fueron despedidos de sus empleos por haber consumido peyote.

⁵⁰ De acuerdo a un estudio cuantitativo realizado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “55% de los presos indígenas en el ministerio público y 24 % de presos indígenas en el juzgado, manifestaron que no se les informó que tenían derecho a contar con un defensor”. Además, “el 67% de los encuestados indígenas en el ministerio público y 27% en el juzgado consideraron que no contaron con la asistencia de un defensor”, *Informe del*

indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura". Como se podrá advertir, los pueblos indígenas gozan de un acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, y por tal motivo deberán estar capacitados de expresarse en su lengua o bien, que el Estado les asegure la posibilidad de entender la causa que ha sido entablada en su contra. Es pues, que resulta fundamental el derecho a la defensa en el marco de los derechos humanos de las comunidades indígenas. Sin embargo, el impartidor de justicia deberá asegurar los derechos humanos sin menoscabar los principios que dimanan de cierta área específica. En este sentido, los tribunales deben diferenciar adecuadamente, si los derechos que estén en juego pertenecen al derecho consuetudinario indígena o bien, son derechos de cualquier nacional, y en donde,

se tendrían que aplicar los mismos derechos y pretensiones⁵¹.

También debe entenderse, que el reconocimiento del derecho indígena estableció una serie de principios programáticos y mínimos de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en México, que establece la participación del legislador estatal para desarrollar los derechos indígenas en las entidades federativas⁵²; sin embargo, los derechos mínimos no deben transgredir el sistema constitucional mexicano⁵³.

Así, la costumbre indígena deberá considerarse en los juicios donde los indígenas se hallen involucrados o en los actos que desde su estatuto sea diverso, con las particularidades que cada uno de ellos tenga frente a ciertos principios jurídicos. Sin embargo, se hará un

Diagnóstico sobre el Acceso a la justicia para los indígenas en México (Proyecto de implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México 2007, p. 101.

- ⁵¹ En el Amparo directo en Revisión 1767/2002 (12 de marzo de 2003. Unanimidad de 5 votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Derechos de las personas indígenas en el acceso a la justicia en relación con la materia penal), se estableció que "los impugnados artículos 293, 298 y 315 del código Penal para el Distrito Federal, al definir el tipo penal del delito de lesiones que ponen en peligro la vida, y establecer la pena de prisión que habrá de imponerse a quien cometa tal ilícito, así como sus agravantes, no trasgreden las garantías individuales en materia indígena que tutela el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (p. 1634).
- ⁵² "Los Congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos", *Cfr.* Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación a las consideraciones. Disidente. Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot, *Op. Cit.*, (Tesis aislada).
- ⁵³ La ampliación o especificación de derechos indígenas en las entidades federativas tendrían dos limitantes: ir en contra del marco constitucional y no ajustarse a la realidad social de la comunidad indígena, Amparo en Revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán, *Op. Cit.*, p. 446.

análisis riguroso de las formalidades que se deberán cubrir para otorgar un adecuado acceso a la jurisdicción estatal⁵⁴. Por otra parte, el tribunal respectivo deberá considerar si en el análisis la costumbre indígena va en contra de algún principio, derecho fundamental o derechos de la mujer, e incluso, si el uso indígena no constituye un ilícito⁵⁵.

Uno de los aspectos que deben analizarse es el referente a los derechos políticos en el ámbito indígena. A pesar de que una buena cantidad de pueblos indígenas lleven a cabo sus elecciones políticas por sus normas consuetudinarias, éstas no podrán ir en contra de

principios establecidos por el estatuto constitucional⁵⁶.

C. La autodeterminación indígena

Una de las críticas que se han vertebrado en la aplicación de los derechos indígenas ha sido el de la autodeterminación. Desde el inicio de los tiempos, la cuestión indígena ha sido afectada por prejuicios de segregacionismo. Precisamente la autodeterminación ha sido (mal) considerada como una amenaza a la unidad del Estado mexicano. El problema debe plantearse de otra manera desde la ciencia jurídica⁵⁷. Cómo establecer diferentes mecanismos

⁵⁴ De acuerdo al Amparo directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo, aparecido en *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XVIII, agosto de 2003, tesis 1ª. XXXVIII/2003, p. 228, se deberá, a guisa de ejemplo, considerar el grupo étnico al que pertenezca; la autoridad podrá allegarse de periciales que permitan conocer el conocimiento de su identidad indígena; también se requerirán peritos indígenas que pertenezcan al mismo grupo étnico; se establecerá la obligación del juzgador de proporcionar un traductor-intérprete que le haga saber sus derechos respectivos al indígena; en la declaración preparatoria se tendrá que incluir el grupo indígena al que pertenezca el inculcado, y además, durante la instrucción, la autoridad deberá considerar la pertenencia del inculcado a un grupo indígena, y por consiguiente, las costumbres que tenga dentro de la comunidad indígena.

⁵⁵ Por ejemplo, en el caso del delito de lesiones no se puede argumentar que su realización haya sido producto de una costumbre. Véase el amparo directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo, aparecida en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Primera Sala, Tomo XVIII, agosto de 2003, tesis 1ª. XXXIX/2003, p. 229.

⁵⁶ Por ejemplo, no se puede privilegiar la costumbre indígena frente a la omisión del derecho al sufragio. “Si en una comunidad indígena no se permitiera votar a los ciudadanos que no residieran en la cabecera municipal, dicha restricción se traduciría en la negación o anulación de su derecho fundamental a sufragar, y ello significaría la transgresión al principio de igualdad, visto desde el punto de vista subjetivo que emana de dicha norma, el derecho a no ser discriminado injustamente”, véase, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo, en *Revista Justicia Electoral 2003*, Tercera Época, suplemento 6, pp. 207-208, Sala Superior, Tesis S3EL 151/2002, Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002, p. 779.

⁵⁷ Desde una perspectiva social, “la autonomía indígena viene presentándose y fundamentándose como una modalidad del ejercicio del *derecho a la autodeterminación* de los pueblos indígenas consistente en el establecimiento de un tipo de relación entre el Estado nacional y grupos étnicos en la que se propone el reconocimiento de un nuevo orden de gobierno más allá de los existentes actualmente en México”, CERDA GARCÍA, Alejandro, *Imaginando zapatismo. Multiculturalidad y autonomía indígena en Chiapas desde un municipio autónomo*, UAM, México 2011. p. 26.

de equilibrio entre los diferentes ordenamientos. Es decir, la necesidad para los diferentes aplicadores y operadores del derecho de reconocer y aplicar los principios jurídicos indígenas y no establecer un problema límite con normas del sistema constitucional⁵⁸.

En la discusión del derecho a la autodeterminación indígena ha surgido una discusión célebre. Como encontrar elementos que logren establecer una nueva forma de entender la impartición de justicia que permita consolidar un paradigma que permita cristalizar la autodeterminación cultural y social; por otro lado, como encontrar ese modelo sin trastocar los principios del Estado mexicano. O de dicho de otra manera, como la forma de entender la justicia ha sufrido cambios cuantitativos y cualitativos. La Corte Interamericana en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* señaló que

para garantizar efectivamente estos derechos (indígenas), al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que

diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.

Asimismo, un rasgo que se vincula a la autodeterminación es la referida a la asignación del nombre. Esto es, "la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía"⁵⁹. Esta cualidad de autonomía va de la mano con la capacidad de los pueblos indígenas de gestionar sus propios medios para garantizar su derecho a "preservar y desarrollar su identidad cultural"⁶⁰.

D. El Derecho a la consulta y la cosmogonía indígena

Como se ha destacado, la iniquidad ha sido el sino de los pueblos indígenas y es en el despojo de sus territorios ancestrales y propiedades donde se ha podido constatar la falta de atención del Estado y la negación de un derecho fundamental⁶¹. Desde la jurisprudencia⁶²

⁵⁸ "El derecho a la libre determinación y, por tanto, a la autonomía, concretamente, en los aspectos que se regulan en el Apartado A. Este derecho se entiende, desde luego, sujeto al postulado básico de la unidad e indivisibilidad nacional y a su ejercicio sujeto a marco constitucional", Amparo en revisión 123/2002 (Interés jurídico; derechos de los pueblos indígenas: Improcedencia del amparo por reformas constitucionales en cuanto al fondo).

⁵⁹ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 37. Este criterio ha sido sostenido en otros fallos, como *Caso del Pueblo Saramaka VS. Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrafo 164.

⁶⁰ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 51.

⁶¹ "En un informe reciente se diagnostica que 11.320.455 hectáreas son objeto de reivindicación por pueblos originarios, 680 mil integrantes de esos pueblos fueron desplazados y en varios casos de forma violenta, en donde los empresarios con interés en las tierras estarían actuando para desplazarlos con el apoyo de fuerzas de seguridad públicas y privadas, resultando varias personas heridas y hasta en algunos casos asesinadas", CLÉRICO, Laura, "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca), Año 9, No. 1, 2011, p. 159.

⁶² Véase las siguientes jurisprudencias de la Corte Colombiana: T-428/92; SU-037/97; T-652/98; T-634/99; SU-383/03; T-955/03; T-737/05; T-880/06; T-154/09 y T-769/09.

hasta el derecho internacional de derechos humanos se advierte la importancia que tiene dicha noción en el sistema jurídico indígena para completar la órbita de derechos y su relación con su cultura y sus costumbres. El Convenio 169 de la OIT, las sentencias de la Corte Interamericana y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas forman los tres pilares del derecho a la consulta de los pueblos indígenas⁶³. De acuerdo al Convenio 169 de la OIT, el derecho a la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas; por otra parte, el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas señala la obligatoriedad de los Estados de establecer consultas con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento en proyectos que afecten su tierras o territorios (art. 32)⁶⁴. En los últimos años dicho derecho ha estado presente en la

discusión del reconocimiento del pluralismo jurídico. Además, el derecho a la consulta es un derecho síntesis en el ordenamiento constitucional, es en otras palabras, “una manifestación del derecho constitucional a la participación y a la identidad cultural”⁶⁵. Es así, que como ha señalado la jurisprudencia,

*la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines*⁶⁶.

Algunas de las reglas que deben atenderse en la consideración del derecho a la consulta son la participación activa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre cuestiones que atañen su universo cultural y social⁶⁷, así

⁶³ En el derecho internacional destacan tres momentos fundamentales del derecho a la consulta: “En primer lugar, hace ya más de dos décadas, la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el único tratado en vigor relacionado directamente con los derechos de los pueblos indígenas. En segundo término sobresalen los muy significativos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizados a partir de 2001; por primera vez un tribunal internacional, mediante una interpretación favorable a los pueblos indígenas de algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ha generado una jurisprudencia de referencia en la materia. Por último, hay que destacar la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en septiembre de 2007”, CHUECA SANCHO, Ángel, “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: Hacia un mundo intercultural y sostenible”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. LXI-2, Julio 2009, p. 585.

⁶⁴ Art. 32. 2. “Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

⁶⁵ MOLLEDA RUIZ, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁶ Sentencia de Tutela no. 693/11 de Corte Constitucional Colombiana, 23 de septiembre de 2011, Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Actor: Marcos Arrepiche en Calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial-La Victoria, p. 26.

⁶⁷ En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* se establece que “La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente,

como la obligación del Estado de proveer de una legislación efectiva y dotar al entramado administrativo para el reconocimiento y aplicación de dicho derecho⁶⁸. Todo lo anterior se debe considerar ya que el derecho a la consulta es un derecho humano de los pueblos

indígenas y el fundamento del derecho a la participación⁶⁹. Es indiscutible que el derecho a la consulta implica uno de los derechos más necesarios de la gama de derechos del sistema indígena. Esto porque, como señala el Tribunal Constitucional Colombiano

con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (...) Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. (...) Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones", *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 133-137.

⁶⁸ Véase el numeral 8 del fallo de la Corte Interamericana sobre el Caso del Pueblo Saramaka: "El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 1 140, 143, 155, 158 y 194 (d) de esta sentencia".

⁶⁹ La Sentencia T-973 de 2009 de la Corte Constitucional Colombiana señala los tres ámbitos de protección del derecho a la consulta. Primero: "en el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan (...) Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional del Congreso (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas, al interior de los pueblos indígenas", p. 27. Véase también, RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *Amicus Curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL) quien añade la referencia de la Sentencia del expediente No. SU-039 de 1997 que señala: "A juicio de la Corte la Participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. (...) El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación", pp. 19 y 20.

*cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales*⁷⁰.

Y no tan solo eso, sino que el derecho es necesario porque ayuda a “decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico”⁷¹. Encontramos pues, de lo anteriormente planteado, que uno de los referentes para la materialización del derecho a la consulta es la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

E. Derecho a la participación política

Históricamente los pueblos indígenas han luchado por el reconocimiento de sus derechos políticos. La Constitución federal señala que los pueblos indígenas podrán “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” (artículo segundo, A, III).

Veamos que encontramos en la jurisprudencia interamericana. El *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005 tiene notable importancia en la identificación de principios jurídicos sobre

los derechos políticos de las comunidades indígenas. Como se ha destacado, “el derecho internacional reconoce ampliamente el derecho a la participación política sin discriminación”. En este sentido, se puede entender que si bien el derecho a la participación política es un derecho humano, en el ámbito de los derechos indígenas presenta ciertas particularidades. En este sentido, el artículo 23 de la Convención Americana establece los derechos a la participación en la gestión de los asuntos públicos, para ser elegido y participar en las funciones públicas. Por ello, en el ejercicio de los derechos políticos de los indígenas

*es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma activa, respetando el principio de igualdad y no discriminación*⁷².

F. Territorialidad indígena

No es posible concebir el universo indígena sin la consideración de su territorio. Uno de los derechos que son innatos al sistema jurídico indígena es el relativo al territorio ancestral. En este orden de ideas es indudable que la noción de propiedad en el ámbito indígena adquiere un matiz especial: la propiedad comunitaria. Esto es, un espacio donde

⁷⁰ Continúa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00022-2009-PI/TC, “la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la explotación que se lleva a cabo en sus territorios originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Sólo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos”, citado por RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), *Op. cit.*, p. 56.

⁷¹ Sentencia T-973 de 2009, de la Corte Constitucional Colombiana.

⁷² Caso Yatama vs. Nicaragua, párrafo 195.

*existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad*⁷³.

De lo anterior surge una cuestión determinante en la órbita indígena. El concepto clásico de propiedad vertebrado en los sistemas jurídicos, y en la Convención Americana en el artículo 21 de la Convención Americana⁷⁴, resulta un concepto específico en los sistemas indígenas, donde la cultura y costumbre de cada pueblo es determinante para comprender el concepto de propiedad comunitaria⁷⁵. La jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido asertiva en la caracterización de la propiedad comunitaria⁷⁶:

- a. En el derecho de los pueblos indígenas, la posesión sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que establece el Estado;
- b. Dicha posesión concede a los pueblos indígenas el derecho a exigir el reconocimiento del Estado de la propiedad y su registro;
- c. El Estado tiene la obligación de señalar, delimitar y extender el título co-

lectivo de las tierras a los integrantes de los pueblos indígenas;

- d. A pesar de que algún miembro de la comunidad indígena haya perdido la posesión de sus tierras, por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad, salvo el supuesto que un tercero de buena fe las hubiese adquirido,
- e. Los indígenas que hubiesen perdido, de manera involuntaria, la posesión de sus tierras, y si éstas se hubiesen trasladado legítimamente a terceros de buena fe, tendrán el derecho de recobrarlas o en su defecto, podrán obtener otros territorios de igual extensión y calidad.

IV. CONCLUSIONES

La justicia social como valor de las sociedades democráticas no podrá cumplirse sin el adecuado respeto de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Es evidente que el respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas forma parte de la gramática esencial de las democracias contemporáneas, y en especial del México del siglo XXI. La

⁷³ Continúa la Corte Interamericana: "Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras", *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 149, fragmento citado por *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto 2010 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 86.

⁷⁴ Señala el primer numeral "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes".

⁷⁵ "Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas" *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 87.

⁷⁶ *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 109.

reforma constitucional de junio de 2011 establece la escenografía de un nuevo espacio democrático, en donde la defensa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas requiere de la participación activa del poder judicial. Este binomio, democracia y derechos humanos, constituye dos vértices de una realidad ciudadana que se convierten en reclamo constante en la época contemporánea y que constituyen el abecedario cotidiano de las diversas ciencias sociales. La ciencia jurídica no es la excepción. En esta tesitura, los derechos indígenas iluminan regiones oscuras del derecho tradicional: desarrollo y reivindicación social. Esto es, la visión racionalista que gobernó durante varios siglos a la ciencia jurídica, considerando a la libertad e igualdad como elementos originarios y estructurales del sistema bajo la noción de derechos individuales, ha sido renovada. Las comunidades políticas han aprendido la lección. Una sociedad es más democrática cuando logra nombrar sus derechos y vela por su cumplimiento. La ciencia jurídica se encuentra en un momento definitorio y la reforma constitucional de 2011 presenta una formidable oportunidad de desarrollo y defensa efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Schiller señalaba que la Historia es el tremendo campo de trabajo del género humano; en esa tesitura el respeto de los derechos humanos debe aspirar a ser el campo de la vida democrática.

El universo indígena desvela una serie de elementos críticos del sistema jurídico mexicano. El excesivo racionalismo jurídico no logró articular un *corpus* jurídico capaz de nombrar a la diferencia y a la particularidad social. Los derechos de los pueblos indígenas han transitado por diferentes frentes de batalla. Primero, el denuedo con el que se buscó el reconocimiento legal y la búsqueda de la

articulación de políticas públicas que dieran solución a la ingente desigualdad en que viven las comunidades indígenas. La odisea del reconocimiento legal fue acompañada de debates de variado calibre. La infatigable lucha por lograr la articulación de un ordenamiento jurídico en consonancia con el sistema internacional de derechos humanos y la importante actividad de diversos actores sociales y políticos.

Es pues, un desafío el que enfrentan los diferentes pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos, lograr que el entramado jurídico pueda brindar seguridad jurídica y sobre todo, asegurar el ejercicio efectivo de los derechos. Lo anterior porque si la ley es la manifestación del *Volkgeist* y políticamente constituye un entramado que evidencia la voluntad popular, la particularidad o diferencia a la mayoría constituiría un ámbito ajeno a la regulación jurídica. Es evidente que en México los reclamos indígenas pueden ser considerados minoritarios y que el Estado mexicano realizó una suerte de invisibilización de los pueblos indígenas a través de la falta de atención y escuálidas políticas públicas, y sobre todo, con la exigua creación de ordenamientos jurídicos indígenas en el sistema federal. En este ámbito, surge una cuestión. La quimera del reconocimiento legal ha sido un efectivo obstáculo a la democratización del sistema jurídico mexicano. Expliquemos. Tanto la regulación jurídica irregular y la inexistencia de programas públicos para paliar las grandes brechas de desigualdad, crearon un entramado ambiguo y lleno de penumbras para el ejercicio de los derechos mínimos indígenas. La arquitectura legal estaba totalmente alejada de la protección efectiva de las necesidades y derechos mínimos de las sociedades democráticas.

Finalmente, la discusión de los derechos indígenas en México ha sido extremadamente polarizada. Tan es así, que es notable la ausencia de jurisprudencia e interpretación judicial en la materia; esto ha evidenciado el avance lento de la protección de los derechos indígenas en México. Uno de los reclamos más acendrados de diferentes actores políticos en la discusión indígena, a partir de la revolución zapatista fue la total negación de los derechos más importantes de las comunidades indígenas. Una de las tantas diatribas se refirió a la discusión de la falta de regulación de los derechos indígenas desde la óptica del Convenio 169 de la OIT y la regulación de los derechos colectivos. Gradualmente, como se ha advertido, los principios del sistema jurídico mexicano han comenzado a ser interpretados, y en esto ha sido determinante la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de diversos ordenamientos de América Latina, de manera que se vertebren los derechos de los pueblos indígenas. Es justo, con este ensayo que se ha pretendido demostrar que la actividad inteligente del poder judicial y la decidida vocación de salvaguardar los derechos humanos de todos los actores políticos, en el ámbito de las comunidades indígenas, se robustecen de manera exorbitante con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, del 10 de junio de 2011. Precisamente bajo la férula de esta notable reforma, los jueces mexicanos tienen la obligación de conocer y aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El Convenio 169, así como la aplicación de otros documentos internacionales, y especialmente la jurisprudencia del derecho comparado son fuentes básicas y necesarias en el ámbito de la impartición de justicia indígena en México. Esto con la obligación irrestricta que tiene el poder judicial: dar certeza y eficacia jurídica a su actividad para salvaguardar los derechos colectivos de

las comunidades indígenas; asegurando los derechos se podrá entender la democracia desde otra trinchera, que es el de la justicia social.

V. SÍNTESIS

El ensayo titulado "La otra voz: Los derechos indígenas en la Reforma Constitucional del 10 de junio de 2011" analiza las implicaciones de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 y su aplicación en el ámbito de los derechos indígenas. Para tal fin, realiza una reflexión sobre el derecho indígena y su difícil deambular en la ciencia jurídica mexicana. En esa perspectiva, acude al derecho comparado y vertebra diversas sentencias de la Corte Interamericana y del derecho comparado, para proponer una taxonomía jurídica que sirva de modelo hermenéutico para la interpretación de los principios jurídicos indígenas planteados por la Constitución mexicana.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, Jame, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005.
- ANSOLABEHHERE, Karina, *Diversidad retórica: Suprema Corte de Justicia y Diversidad Cultural (Borrador)*.
- BERMAN, Harold, *Law and revolution (The Formation of the Western Legal Tradition)*, Harvard University Press, 1983.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, "México y el sistema interamericano de protección", en *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IIJ-UNAM, México 2002.
- CABRILLAC, Rémy, *et al, Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, Paris 2010.

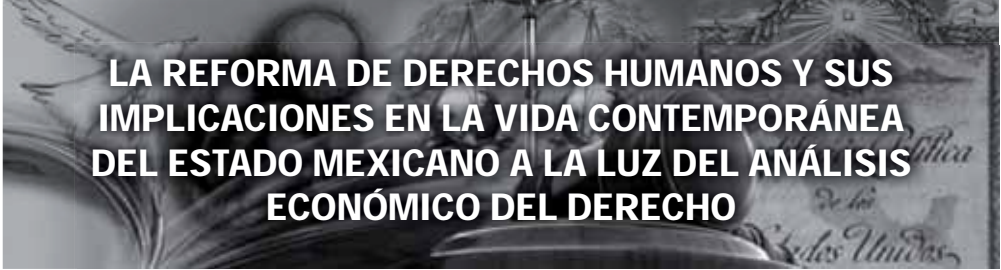
- CASTRILLÓN ORREGO, Juan Diego, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México 2007.
- _____ *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, UNAM, México 2006.
- CERDA GARCÍA, Alejandro, *Imaginando zapatismo. Multiculturalidad y autonomía indígena en Chiapas desde un municipio autónomo*, UAM, México 2011.
- CLAVERO, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1988.
- CLÉRICO, Laura, “La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, (Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Universidad de Talca), Año 9, No. 1, 2011.
- CRUZ MARTÍNEZ Enrique y CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “Breve geografía de la consuetudo”, en *Estudios en honor a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Internacional y otros temas*, UNAM, México 2005.
- CRUZ MARTÍNEZ, Mario, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: ¿El civil law en revisión?”, en *Jurídica (Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana)*, Número 39, México 2009.
- _____ “La otra revolución: El neozapatismo y sus implicaciones jurídicas”, en *Derecho y revolución*, (En prensa).
- CHENAUT, Victoria, y SIERRA, Teresa, “La antropología jurídica en México: temas y perspectivas de investigación”, en *Pueblo indígenas ante el derecho*, CIESAS, México 1995.
- CHUECA SANCHO, Ángel, “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: Hacia un mundo intercultural y sostenible”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. LXI-2, Julio 2009.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “Le phénomène de l’harmonisation: L’expérience contemporaine”, en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Société de Législation Comparée*, France 2003.
- DÍAZ POLANCO, Héctor, participación en Presentación de Libro *Entre la Ley y la costumbre*, (14 de junio de 1990), Cuadernos del Instituto Indigenista Interamericano.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Harvard University Press, Cambridge- Massachusetts 1986.
- *El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, México 2008.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, “Validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*.
- _____ “El convenio 169 de la OIT y la reforma constitucional indígena en México”, en *Los derechos humanos y la globalización*. Fascículo 4. Derechos humanos. Del multiculturalismo a la interculturalidad, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2008.
- GREGOR BARIÉ, Cletus, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, México 2000.

- HOLZNER, Claudio A., "Mexico: Weak state, Weak Democracy", en *The Quality of Democracy in Latin America* (Edited by Daniel H. Levine and José E. Molina), Lynne Rienner Publishers, Londres 2011.
- *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la justicia para los indígenas en México (Proyecto de implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México)*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México 2007.
- "Las cuestiones indígenas", Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, (E/CN.4/2004/80), 26 de enero de 2004.
- LEGRAND, Pierre (Coordinador), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París 2009, especialmente el texto de Marie-Laure Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison des droits*.
- MAGALONI KERPEL, Ana Laura, "¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?", en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales Constitucionales y democracia), UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México 2008.
- *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 65.
- ROLLA, Giancarlo, "La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina", en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales constitucionales y democracia), UNAM-IMDPC-Marcial Pons, México 2008.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSION, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza de los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010-370).
- _____ "Balance preliminar de jurisprudencia del TC en materia de derechos culturales", en *Ponencias de investigadores del Instituto de Defensa Legal presentadas al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)*, agosto de 2010.
- PEGORARO, Lucio, "La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: Un análisis comparado".
- STAVENHAGEN, Rodolfo, "Derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2006, p. 25.

FALLOS JUDICIALES Y JURISPRUDENCIA

- Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio

- de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de octubre de 2002. Cinco votos a favor de los resolutivos; mayoría de tres votos en relación a las consideraciones. Disidente. Juan Díaz Romero y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Guitrón. Secretaria: Lourdes Ferrer Mac Gregor Poisot, *Op. Cit.*, (Tesis aislada).
- Amparo directo en revisión 1767/2002. 12 de marzo de 2003. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo, aparecido en *Semanario judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, Tomo XVIII, agosto de 2003, tesis 1ª. XXXVIII/2003.
 - *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (fondo, reparaciones y costas), párrafo 37. Este criterio ha sido sostenido en otros fallos, como *Caso del Pueblo Saramaka VS. Surinam*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007, (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
 - *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia de 31 de agosto de 2001.
 - *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
 - *Caso Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).
 - Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo, en *Revista Justicia Electoral 2003*, Tercera Época, suplemento 6, pp. 207-208, Sala Superior, Tesis S3EL 151/2002, Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002.
 - Jurisprudencias de la Corte Colombiana: T-428/92; SU-037/97; T-652/98; T-634/99; SU-383/03; T-955/03; T-737/05; T-880/06; T-154/09 y T-769/09.
 - Sentencia de Tutela no. 693/11 de Corte Constitucional Colombiana, 23 de septiembre de 2011, Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Actor: Marcos Arrepiche en Calidad de Gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial-La Victoria.
 - Sentencia T-581 A/11 sobre sentencia del 16 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-581a-11.htm (Consultada 26 de septiembre de 2011).
 - Tesis S3EL 152/2002. “Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad”, en *Revista Justicia Electoral 2003*, Tercera Época, suplemento 6, Sala Superior.
 - *Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*, Sentencia de 24 de agosto de 2010, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, (Fondo, Reparaciones y costas).
 - Voto Particular que formula el ministro Mariano Azuela Guitrón en contra de la resolución mayoritaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las controversias constitucionales 48/2001 y 82/2001 promovidas por los ayuntamientos de Santiago Amoltepec y San Pedro Quiatóní Tlacolula, del Estado de Oaxaca, respectivamente.
 - Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez con respecto a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 29 de marzo de 2006, en el *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay*.



LA REFORMA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS IMPLICACIONES EN LA VIDA CONTEMPORÁNEA DEL ESTADO MEXICANO A LA LUZ DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

JUAN CARLOS RAYÓN GONZÁLEZ

Es innegable que la actitud del científico del derecho no puede ser meramente contemplativa, sino crítica... en vez de estudiar lo más complejo, se estudia lo simple y lo sencillo porque es más cómodo

Dr. Sergio Medina Peñaloza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II EXPOSICIÓN. A. IMPLICACIONES DE VIVIR EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO. B. LOS DERECHOS HUMANOS VS EL DERECHO PENAL. C. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO, Y AHORA ¿QUÉ SIGUE? D. SEGURIDAD PÚBLICA Y SEGURIDAD CIUDADANA, SUS DIFERENCIAS E IMPLICACIONES. III. SÍNTESIS. IV. PROPUESTAS. V. CONCLUSIONES. VI. FUENTES.

I. INTRODUCCIÓN

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 se inicia una nueva etapa en el contexto jurídico internacional y con ella las vicisitudes lógicas; junto a esto y tal vez como base surge el neoconstitucionalismo, cuyo objetivo central es dar mayor cabida a los derechos humanos y procurar evitar las infamias cometidas contra la hu-

manidad en el pasado. En un contexto muy adverso se encontraba México, pues apenas habían pasado unas décadas del inicio de la Revolución Mexicana y vivía una fase postrevolucionaria que intentaba legitimar las instituciones del Estado y buscaba adecuar un modelo económico que permitiera el desarrollo nacional. Así, llegamos al siglo XXI, un siglo en el que México busca emparejarse con otros Estados-Nación a través de la signación y cumplimiento de diversos compromisos internacionales.

En 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la llamada *reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública* que reformaba los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de nuestra carta magna; la reforma toca temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia, la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y

de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad¹.

Es importante mencionar que algunas de las disposiciones de la citada reforma incluso van mucho más allá de la materia penal y pueden ser proyectadas hacia el conjunto del sistema jurídico mexicano; tal es el caso, por citar un ejemplo evidente, de la reforma al artículo 17 de la Carta Magna, que ordena al legislador prever medidas alternativas al proceso, mandato que se aplica no solamente a la materia penal sino también a todas las demás.

México está viviendo tiempos convulsos. Una violencia extrema, salvaje y despiadada como no se había visto desde los tiempos de la Revolución. El gobierno federal ha desplegado operativos civiles y militares para recobrar el control del territorio y llevar ante la justicia a quienes cometen delitos. Los cárteles de la droga, bien pertrechados por armas que provienen de Estados Unidos en su gran mayoría, luchan por el control de las rutas e imponen su cuota de sangre y corrupción en ciudades pequeñas, medianas y grandes. Nadie parece estar completamente a salvo.

En medio de la lucha, la ciudadanía se pregunta qué objetivos busca el gobierno y en qué momento se terminará la pesadilla que ha dejado ya más de 35 mil muertos en las calles de México, entre 2007 y 2010².

En este año se publican (que en mi opinión completan la teoría neoconstitucional) dos reformas constitucionales de gran trascendencia, por una lado la reforma constitucional en materia de amparo³ y por otra, la reforma constitucional en materia de derechos humanos⁴ misma que es objeto de estudio, investigación y divulgación en el presente trabajo, y en el cual se pretende dar una ligera orientación de hacia dónde deberían concebirse las reformas señaladas y que reformas institucionales deberían completarlas para lograr la meta del Estado mexicano.

Las soluciones no son fáciles de vislumbrar. Es muy probable que el tema de la seguridad siga ocupando un lugar central en la agenda pública del país en los siguientes años. Sin embargo, los pasos para ir construyendo un Estado de Derecho y para lograr una disminución significativa de la violencia ya se están dando, sobre todo a partir de las coordenadas que diseña la importante reforma constitucional en materia penal de junio de 2008. A pesar de ello, como dice Carlos Elizondo “las salidas tentadoras en el corto plazo se vuelven costosas trampas en el largo plazo”⁵, es por ello que debemos hacer lo que realmente se necesita pues lo que somos es fundamentalmente resultado de lo que hemos hecho y dejado de hacer.

¹ Carbonell, Miguel. Este País. Edición electrónica 246. Fecha de consulta: 03.10.2011. Disponible en web <http://estepais.com/site/?p=35449>

² Carbonell, Miguel. Este País. Edición electrónica 245. Fecha de consulta: 01.09.2011. Disponible en web <http://estepais.com/site/?p=35031>

³ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el lunes 6 de junio de 2011. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011

⁴ Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el viernes 10 de junio de 2011. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

⁵ Elizondo Mayer-Serra, Carlos. *Por eso estamos como estamos*. Ed. Debate. México. 2011. Pág. 31.

II. EXPOSICIÓN

A. Implicaciones de vivir en un estado constitucional y democrático de derecho

El Derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer la vida gregaria. Su fin primordial de carácter mediato es la paz y seguridad sociales. Todos los intereses que el Derecho intenta proteger son de importancia incalculable; sin embargo, de entre ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social⁶, hablamos del Derecho Penal.

El sustento de los actuales estados constitucionales y democráticos, es el neoconstitucionalismo, del cual por no ser tema principal solo diremos que es un proceso de transformación del derecho interno, que se verifica en el surgimiento y expansión del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto regional como universal.

La meta del neocostitucionalismo no es tanto limitar y controlar al poder (objetivo central del constitucionalismo clásico), sino afianzar y garantizar la vigencia de los derechos humanos⁷. El nuevo derecho tiene un carácter marcadamente garantizador y garantista de los derechos constitucionales. No se atiende

tanto a la consideración de la Constitución como norma que organiza el sistema institucional de un Estado⁸, sino, fundamentalmente, su sistema normativo, recordemos que nuestra carta magna tiene dos partes, una parte dogmática y otra orgánica.

Por lo anterior podemos señalar que el Estado Constitucional y Democrático de Derecho consiste en ser Estado garantista (propios de un neoconstitucionalismo), lo que obliga a actualizar las instituciones del Estado mexicano, pero actualizaciones no solo de nombre, y de ello trataré de ocuparme en las siguiente líneas; para que a la postre el respeto a la norma suprema, a través de la participación democrática y el respeto a los derechos humanos, permitan un adecuado bienestar social (con todas sus implicaciones). Los actuales sistemas jurídicos han sufrido transformaciones. No son más ya el Estado de Derecho clásico.

B. Los derechos humanos vs el Derecho Penal

1. Derecho Penal

Antes de abordar cuestiones medulares me parece imprescindible recordar temas generales acerca del significado de sistema jurídico, la política criminal, Derecho Penal y delito, entre otros, pues prescindir del alcan-

⁶ Fernando Castellanos. *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. Ed. Porrúa. México. 2008. Págs. 17-18.

⁷ Señala Comanducci: “el neoconstitucionalismo tiene a distinguirse parcialmente de la ideología constitucionalista ya que pone en un segundo plano el objeto de la limitación del poder estatal –que era por el contrario absolutamente central en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX–, mientras que pone en un primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales”. Comanducci, Paolo. Formas de *Neoconstitucionalismo*. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, 23 de Agosto 2005. Págs. 99 y 100.

⁸ Santiago, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*. Ed. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Argentina. 2008. Pág. 9.

ce que se otorga a estos conceptos impediría tener puntos de referencia particulares para adentrarse en la discusión del desarrollo del tema principal y de la relación con los derechos humanos.

Medina Peñaloza considera que el *sistema científico jurídico* es una ordenación lógica de los conocimientos particulares alcanzados en la ciencia del Derecho, donde el contenido de los enunciados (principios) determina la relación sistemática de unos con otros; garantizando una precisión de sus argumentos y aportando posibilidades de solución para problemas específicos, además de mostrar las consecuencias de esas soluciones hasta conducir a planteamientos válidos para la comunidad⁹.

*La esencia de la disciplina jurídico penal (Derecho Penal) despliega su actividad a partir de la maldad del ser humano; y por ello se transforma en un instrumento poderoso que permite hacer tanto bien o tanto mal como se quiera*¹⁰.

Sistema penal, en sentido amplio, es una ordenación lógica de los principios de la ciencia jurídica punitiva, opera como un control social punitivo institucionalizado¹¹ (que al aplicarse significa la subordinación por parte de los integrantes de la sociedad al poder estatal institucionalizado, que fija los presupuestos que justifican que un grupo de hombres asociados en dicho Estado prive de la libertad a algunos de sus miembros, legitimando así la pena) conformado por el segmento policial, judicial y ejecutivo, con sus respectivas nor-

mas. El sistema penal puede ser dinámico o estático. **Política criminal**, es la rama de la ciencia del Derecho Penal (disciplina) que analiza los factores del fenómeno de criminalidad y así orienta la evolución de la legislación penal o las finalidades materiales del Derecho Penal (demandas político-criminales reales). Como parte de la política general (Constitución) de un Estado, es un conjunto de estrategias para determinados fines que en suma son: a) Estudio de la función de la justicia criminal y de las respuestas al fenómeno criminal, considerando no solo a la prevención (*postdelictum* y *antedelictum*), de la delincuencia (prevención primaria, prevención secundaria y prevención terciaria) sino también el controlar todas sus consecuencias, costes económicos y sociales del delito, de la sanción, respecto al autor, las víctimas, los aparatos de intervención y la sociedad en general. b) La determinación de un modelo de regulación de ese campo. c) Generar una política legislativa que oriente el ideal fundamental que la sociedad pretende alcanzar, logrando, por una parte, un mínimo de bienestar general; y por otra, respetando los límites y garantías en el ejercicio del *ius puniendi*¹². Por lo anterior, la política criminal que asume cada Estado se encuentra fundamentalmente en los principios normativos (Constitución) que inspiran la organización estatal, después desciende a los ordenamientos secundarios, hasta permear en los instrumentos que posibilitan hacer efectiva esa política criminal, como son los programas gubernamentales institucionales concretos y los diversos planes de gobierno. Existen tres actitudes básicas de la

⁹ Medina Peñaloza, Sergio J. *Teoría del Delito: Casualismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva. Segunda edición corregida y aumentada*. Ed. Ángel Editor. México. 2008. Pág. 25.

¹⁰ *Ibid.* Pág. 26.

¹¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Cárdenas Editores, México, 1999. Pág. 30.

¹² *Ibidem*. Págs. 30 -31.

política criminal, sin embargo, para fines de este trabajo hablaremos de la *corriente garantista* misma que Ferrajoli denomina *Teoría del Garantismo Penal*, destacaremos que ésta parte de la función de protección de la sociedad a través de la "prevención general" de los delitos; es decir, pretender legitimar al Derecho Penal en cuanto ejerce un efecto disuasorio para prevenir de futuras conductas antisociales. Se sustenta en los siguientes axiomas: a) Principio de máxima reducción cuantitativa de la intervención penal (Principio de intervención mínima); b) Principio de exclusión de otros medios de intervención coercitiva y c) Principio de amplia extensión de los vínculos garantistas. **Derecho Penal**, objetivamente considerado, es el conjunto normativo perteneciente al derecho público interno, que ofrece tres vértices sustanciales de estudio: el delito, la pena y las medidas reparatorias. A través de éste el Estado define los delitos y determina las penas que han de imponerse a los delincuentes por su comisión, la que a diferencia de otras sanciones jurídicas que tienen primordialmente una finalidad resarcitoria o reparatorias (civil, administrativa, mercantil), procura lograr en forma directa e inmediata que el autor y los integrantes de la sociedad no cometan nuevos delitos¹³, ante esto ¿qué pasa con nuestro Derecho Penal actual? Lo que caracteriza entonces al Derecho Penal de otros órdenes es su fuerza coercitiva: la pena, a partir de la cual puede establecerse todo el sistema penal y su mundo conceptual. **Misión del Derecho Penal**, el Derecho Penal no se reduce solo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que –fundamentalmente– su misión es proteger a la sociedad. Esto se logra a través de medidas que por un lado llevan a la separación del delincuente pe-

ligroso por el tiempo necesario, a la par que se reincorpora al medio social a aquellos que no lo son mediante el tratamiento adecuado en cada caso para lograr esta finalidad (por ello no es vigente la posición de la política criminal denominada *resocializadora*).

2. Derechos humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948 y los posteriores tratados internacionales sobre derechos humanos que continuaron, contienen el nuevo paradigma de la convivencia jurídica nacional e internacional, que de modo creciente y progresivo modifica también la fisonomía de los sistemas normativos internos. Aparece la persona humana como sujeto del derecho internacional y se produce una profunda reformulación del concepto de soberanía estatal¹⁴.

La importancia de estos ha sido basta, tanto que ha sido imperante su ampliación, así pues, tenemos tres generaciones. Los derechos humanos de primera generación tratan esencialmente de la libertad y la participación en la vida política. Son fundamentalmente civiles y políticos, y sirven para proteger al individuo de los excesos del Estado. Los derechos de primera generación incluyen, entre otras cosas, la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, la libertad de religión, y el sufragio. Los derechos humanos de segunda generación están relacionados con la igualdad. Son fundamentalmente sociales, económicos y culturales en su naturaleza. La tercera generación de derechos humanos, surgida en la doctrina en los años 80, se vincula con la solidaridad.

¹³ *Ibidem*. Págs. 40-41.

¹⁴ Santiago, Alfonso. *Neonconstitucionalismo*. Ed. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Argentina. 2008. Pág. 8.

Por lo tanto, hasta este momento encontramos una clara relación entre el Derecho Penal, los derechos humanos y en el neoconstitucionalismo como su fuente, en virtud de que juntos procuran una estabilidad social (vida gregaria) con el pleno respeto a la calidad humana. Además, estamos convencidos de que no hay deontológica y ontológicamente disputas entre el Derecho Penal y los derechos humanos.

3. Principios procesales en materia penal: la materialización de los derechos humanos

Alvarado Velloso¹⁵ señala que los principios procesales son las grandes directrices que expresan el método de enjuiciamiento para que éste pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

La generación de los actuales principios procesales en nuestro país los encontramos en los artículos 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Hablaré en un primer momento del principio de inocencia. En vista de que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) indicó que aquélla debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y procede a la fuga, y en el hecho de que la libertad provisional de un acu-

sado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo. Sin embargo, especificó que la privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social.

En México, a pesar de que no se encuentra taxativamente definida en la Constitución Política¹⁶, la presunción de inocencia se puede desarrollar a partir de los artículos 14, 16 y 20 constitucionales, entre otros. No obstante, la presunción de inocencia es el fundamento para considerar la detención preventiva como la excepción a la regla de la libertad, en la realidad, el reconocimiento de dicho principio se vulnera con la generalización sistemática de la detención preventiva.

La piedra angular de todo proceso penal acusatorio es el reconocimiento y respeto de uno de los derechos humanos de mayor trascendencia: el derecho a la presunción de inocencia (artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos), previstos en diversos instrumentos internacionales, ya que toda persona imputada de delito tiene derecho a que se se presuma su inocencia, mientras no se pruebe legalmente su culpabilidad en un juicio seguido con todas las garantías y formalidades previstas por la ley... Es obligación del Estado mexicano velar y respetar en todo momento el derecho a la presunción de inocencia contenido en los instrumentos señalados (Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos).

¹⁵ Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal* Tomo I. Ed. Depalma. Argentina. 1998. Pág. 115.

¹⁶ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) elaboró una propuesta de reforma legislativa para el reconocimiento de la presunción de inocencia, cuya regulación continúa siendo insuficiente e incidencia. Véase OACNUDH, *Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México*. Pág. 12.

Un argumento para privilegiar la prisión preventiva como medida cautelar que viene tomando fuerza de un tiempo acá, es el de la alarma social por la comisión de un elevado número de delitos de carácter grave. Esto ha ocasionado que en numerosas ocasiones, al finalizar el proceso de detención preventiva, resulte que dicha detención se aplicó injustamente, por absolver o imponerse una pena menor correspondiente a un delito que no ameritaba la privación de la libertad durante el proceso. Esto implica que la medida cautelar fue más gravosa que la propia sanción, lo que vulnera el principio de proporcionalidad de la medida.

Si miramos la literatura legal, por ejemplo, sólo muy excepcionalmente se encuentran hoy defensas de sistemas de inexcusabilidad, y en la mayoría de los países aparecen diversas expresiones de la teoría cautelar o incluso visiones abolicionistas de la prisión preventiva¹⁷. La explicación de esta aparente paradoja está en que el impulso de los cambios orientados a aumentar el uso de la prisión preventiva provienen desde fuera de la cultura legal y se imponen a ésta por medio de decisiones legislativas que obedecen a una mirada que podríamos llamar intuitiva acerca del funcionamiento de la justicia penal.

Esta mirada es formulada desde los actores políticos y desde algunos medios de comunicación y recibe un gran respaldo popular debido a que resulta consistente con algunas

intuiciones muy elementales compartidas por la mayoría de los ciudadanos. Los actores del sistema legal por su parte, a pesar de poder compartir una noción legal que concibe a la prisión preventiva de manera restrictiva, se ven muy presionados por los cambios legislativos pero sobre todo por el control social que se ejerce sobre ellos desde los medios políticos y los medios de comunicación y en su mayoría terminan comportándose mayoritariamente de acuerdo con esas presiones, a pesar de sus convicciones jurídicas¹⁸.

En mi opinión se requiere complementar los avances de la doctrina legal con una serie de otros desarrollos, al conjunto de los cuales podemos denominar como una nueva agenda para el avance hacia un sistema de uso de la prisión preventiva que sea consistente con los valores del debido proceso.

El camino aquí es el de incorporar este tema en la reflexión y en la capacitación judicial, sobre todo con miras a sensibilizar a los jueces acerca de la relevancia institucional de sus decisiones en materia de prisión preventiva, en especial aquellas de mayor visibilidad. En algunas jurisdicciones fuera de la región, este tema ha tenido expresiones normativas que en general se han traducido en el reconocimiento de causales especiales de prisión preventiva vinculadas a conceptos como la alarma pública o la protección de la legitimidad del sistema¹⁹. Su introducción en nuestro medio no parece probable porque las

¹⁷ Ippolito, Franco. "La Detención Preventiva". En *Revista de Derecho Constitucional N° 19*, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2009. Disponible además en World Wide Web: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/slv-detencion-preventiva.pdf>;

¹⁸ Zepeda Lecuona, Guillermo. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Ed. OSJI, México, 2010. Pág. 43.

¹⁹ Las causales de procedencia de prisión preventiva en Canadá se clasifican en motivos primarios, secundarios y terciarios. El motivo primario vela por la comparecencia del imputado, ya que existe

propuestas legislativas están orientadas hacia fórmulas de inexcusabilidad bastante directas. No obstante, creo que el contenido de estas cláusulas sirve para promover la reflexión sobre el punto.

Como respuesta a la presión mediática y social, la contrarreforma ha surgido en diversas formas. Primero, en la práctica de algunas regiones donde los fiscales solicitan la prisión preventiva de manera generalizada, argumento por la gravedad del delito, los jueces, por temor al escarnio mediático y social, ceden a las peticiones. Esta realidad nos regresa al sistema tradicional donde únicamente se contemplaba la gravedad del delito para imponer la prisión preventiva dejando las otras medidas cautelares prácticamente en desuso. La segunda forma es normativa, donde el legislador sutilmente introduce cambios al código procesal limitando la libertad provisional. Por ejemplo, eliminando la posibilidad de salir en libertad bajo protesta o bajo la supervisión de alguna institución. De 2001 a 2006 varios países de la región han modificado las medidas cautelares²⁰. México está comenzando a experimentar la contrarreforma en este tema en los estados, en donde ya se está aplicando el nuevo sistema de justicia por las mismas razones que el resto de los países de la región:

una mala percepción sobre el funcionamiento del sistema²¹.

C. La prisión preventiva en México, y ahora ¿qué sigue?

He decidido hablar de ésta ya que es una institución que ha tomado características de fenómeno social que inculca los temas ya referidos (derechos humanos, Derecho Penal y neoconstitucionalismo), además de ser una figura utilizada “irracionalmente” en la mayoría de las entidades federativas, aunque cabe aclarar que nuestra entidad mexicana ha tomado con base en la reforma de 2008 medidas para su utilización, mismas que aún no han sido suficientes.

La detención o prisión preventiva se refiere a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, con objeto de asegurar su presencia durante el proceso penal. La prisión preventiva no se considera propiamente una pena; sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos sagrados del hombre: su libertad, la cual frecuentemente se prolonga de forma excesiva. En caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero en caso de absolución representa una violación irreparable de los derechos humanos²².

una alta probabilidad de que él no comparezca si es que se lo deja libre. El motivo secundario señala que la prisión preventiva es necesaria para garantizar la protección y seguridad del público. También es necesaria cuando existe una alta probabilidad de que si al imputado se lo deja en libertad, cometerá un nuevo delito o que obstruirá la administración de justicia. Por último, el motivo terciario indica que la prisión preventiva es necesaria para mantener la confianza de la opinión pública en la administración de justicia.

²⁰ Riego, Cristian y Duce, Mauricio Duce. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Chile. 2009. Pág. 17.

²¹ Zepeda Lecuona, Guillermo. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Ed. OSJI, México, 2010. Pág. 25.

²² Gutiérrez, Juan Carlos. *Prisión Preventiva en México. Estándares desarrollados por la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos*. Biblioteca jurídica virtual del IJ-UNAM. México. Pág. 138.

En la práctica, la detención preventiva se convierte en la regla, ya que si el Ministerio Público (MP) consigna una averiguación previa (carpeta de investigación en el Estado de México y en algunas otras entidades) y acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en un delito grave, la prisión provisional se genera de forma automática, de tal manera que el juez pierde la discrecionalidad que debería tener en la materia como garante de los derechos del procesado. Es decir, la intervención judicial se limita a verificar el mérito suficiente de las indagatorias del MP sobre la probable responsabilidad del indiciado; pero no para evaluar directamente las causas de procedencia de la medida cautelar. Además, la exigencia al indiciado para que sea él quien solicite la libertad provisional bajo caución deja sin facultad al juez, quien debería poder decretarla de oficio en caso de que procediera²³.

Las legislaciones estatales en materia penal han adoptado la práctica de adicionar en forma constante nuevas conductas a sus ya de por sí extensos catálogos de delitos graves, el radio de aplicación de la prisión preventiva se va ampliando, y deja de ser excepción para convertirse en regla al momento de ser decidida por el juez federal o estatal, según el caso.

Así, en diversos estudios y aun en nuestro código de procedimientos penales (Estado de México) que anteceden a la reforma en comento y aun con la reforma constitucional en

materia de justicia penal y seguridad pública de 2008 respectivamente, queda demostrado que la prisión preventiva:

- 1) Viola el principio de presunción de inocencia porque se traduce en la ejecución de una pena cierta sobre una persona cuya *culpabilidad*²⁴ es incierta.
- 2) Que conforme a la interpretación que la CIDH ha realizado del artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo relativo a la presunción de inocencia) los estados tienen la obligación de no restringir la libertad de los ciudadanos salvo que el enjuiciado pretenda impedir el desarrollo eficiente de las investigaciones y eludir la acción de la justicia.
- 3) Que esa norma de la Convención está incorporada a nuestro derecho interno y es aplicable de manera inmediata porque maximiza una garantía individual.
- 4) Que cuando el Estado mexicano sujeta a un ciudadano a la prisión preventiva sin que previamente se hayan demostrado los requisitos establecidos en la interpretación la CIDH, es procedente el juicio de amparo, porque se viola una garantía constitucional ampliada por una norma internacional²⁵.

En la coyuntura contemporánea se ha cuestionado la relación de la prisión preventiva

²³ Código federal de procedimientos penales (vigente a octubre de 2011), art. 399.

²⁴ Culpabilidad: es la conciencia de la antijuridicidad de la conducta, es decir supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en que su autor, pudiendo someterse a los mandatos del Derecho en la situación concreta, no lo hizo ejecutándolo.

²⁵ Morales Sánchez, Carlos. *Los delitos graves; una violación al derecho internacional de los derechos humanos*. Instituto de la Defensoría Pública. Revista No. 4 Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública, 2007. Pág. 343.

y la seguridad y sus consecuencias. La posibilidad de que los procesados por delitos graves obtuviesen la libertad provisional bajo caución no dejaría la puerta abierta a la impunidad y a la afectación de la seguridad pública. No sería así porque el estado de derecho supone necesariamente que el poder del Estado debe estar sometido al derecho; al derecho interno y al derecho internacional específicamente el que reconoce los derechos humanos, o sea, el derecho internacional de los derechos humanos²⁶.

En una década la aplicación de la prisión sin condena se ha duplicado hasta mantener un promedio de más de 90,000 personas encerradas sin juicio, el 42% de la población penitenciaria del país²⁷.

Para el erario público, la «prisión preventiva» tiene un costo superior a 9 mil 750 millones de pesos anuales, el cual equivale al 62% del presupuesto federal destinado a seguridad pública. Y esto es sólo el principio, pues Zepeda Lecuona mide también el costo para los imputados, sus familias y su comunidad.

Considerar que la maximización de los derechos a la libertad y a la presunción de inocencia se opone a la seguridad pública constituye un falso dilema y de cuyo estudio desarrollaré más adelante:

No hay que olvidar –dice Sergio García Ramírez– que “las revoluciones comienzan demoliendo cárceles y liberando presos”.

El otorgamiento de la libertad provisional para todos los delitos, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no afectaría la seguridad pública. Sólo incrementaría los estándares de fundamentación y motivación de la actuación ministerial. El MP deberá demostrar en cada caso, los requisitos establecidos en el sistema internacional de los derechos humanos: que el inculcado pretende eludir la acción de la justicia y que pretende entorpecer las investigaciones. Sólo así tomaremos el derecho a la presunción de inocencia en serio. Además ello permitiría aún más, lograr una reforma institucional en materia de seguridad y justicia, pues el modelo acusatorio, adversarial y oral es propio para un Estado democrático como el nuestro.

La exigencia de resultados por parte de la ciudadanía en materia de seguridad pública y la creciente presión por parte de la opinión pública, que reflejan un interés en endurecer y aumentar las penas de los delitos, incentiva a los jueces a intensificar “el combate al crimen” por medio de la imposición sistemática de la detención.

Aunado a esto, las excesivas cargas de trabajo de los juzgados y el límite establecido de 72 hrs o el de 144 para los casos de crimen organizado, obliga a los jueces a tomar la determinación de confirmar la detención preventiva, sin la oportunidad de analizar detenidamente las averiguaciones.

Desde días pasados, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emprendió un estudio para resolver:

²⁶ Rey Cantor, Ernesto. *Medidas Provisionales y Medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Ed. IJ de la UNAM, Temis y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Colombia. 2005. Pág. 239.

²⁷ Zepeda Lecuona, Guillermo. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Ed. OSJI, México, 2010. Pág. 35.

...si los jueces pueden sustituir la prisión preventiva, por otras medidas para que un procesado pueda enfrentar su juicio en libertad. La primera sala de la corte revisará un amparo que promovieron dos personas, a quienes se les negó la sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar, a fin de que queden a disposición del juez correspondiente pero que gocen de su libertad personal durante el tiempo que dure el proceso.

En este caso la Procuraduría General de la República (PGR) inició una averiguación previa contra las dos personas por los delitos de delincuencia organizada y contra la salud, y solicitó su aprehensión al juez, quien libró las respectivas órdenes en su contra. Luego de esto el juzgador ordenó que los presuntos delincuentes se ingresaran a un penal, por lo que interpusieron recursos de amparo en contra de la prisión preventiva, lo que les fue negado.

Los procesados buscaban que se les concediera otra medida cautelar diferente a la prisión preventiva, para enfrentar su juicio en libertad.

La primera sala determinará si es constitucional conceder a los procesados este beneficio y tomarán en cuenta los argumentos de los quejosos que invocaron preceptos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸.

Este será uno de los asuntos *post* reforma constitucional en materia de derechos humanos y de seguridad pública y justicia penal de mayor envergadura, pues

La exigencia de resultados por parte de la ciudadanía en materia de seguridad pública y la creciente presión por parte de la opinión pública, que reflejan un interés en endurecer y aumentar las penas de los delitos, incentiva a los jueces a intensificar `el combate al crimen´ por medio de la imposición sistemática de la detención²⁹.

La SCJN se verá como pocas veces entre la espada y la pared, pues la presión mediática y política se enfrentará a las reformas de este año.

Por lo señalado y aún más por la experiencia nacional hace falta detenernos en el tema de las cárceles (aunque sea someramente), ya que con frecuencia es olvidado por nuestros políticos pero que hoy en día se ha convertido en un caldo de cultivo de nuevas y más peligrosas formas de criminalidad (como lo es la extorsión telefónica, por mencionar solamente un caso).

Con datos de junio de 2010 tenemos, en nuestras más de 439 cárceles a nivel nacional, a 227 mil 882 personas internas. De ellas el 42% está en régimen de prisión preventiva, privada de su libertad como una medida cautelar mientras dura su respectivo proceso penal, lo que equivale a decir que no ha recibido una sentencia que establezca que los internos son culpables de haber cometido un delito.

Si se calcula que cada una de esas personas tiene al menos cuatro familiares, tenemos como resultado que guardan relación directa o indirecta con el medio carcelario más de un millón de individuos en nuestro país, o sea uno de cada cien mexicanos, aproximadamente. Por lo tanto, se puede afirmar que éste no es un tema de una minoría radical y subversiva, sino de un sector importante de la población, cuyos problemas e insuficiencias se proyectan además sobre muchos otros mexicanos.

Hay 135 cárceles en México que albergan a mujeres, separadas de los internos varones

²⁸ Analizará SCJN sustitución de prisión preventiva. Sección: Titulares. Publicado el 17 noviembre 2011 12:00 <http://www.pulsojuridico.com/?p=2271>

²⁹ Zepeda Lecuona, Guillermo. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Ed. OSJI, México, 2010. Pág. 35.

a veces simplemente por una reja o por los pasos que dividen a un dormitorio de otro; las leyes son claras al ordenar la separación total y tajante entre hombres y mujeres en las cárceles, pero no son cumplidas a cabalidad, véase el artículo constitucional 18 p. 1, reformado el 10 de junio de 2011.

En las cárceles de 23 entidades federativas no se clasifica adecuadamente a los internos, lo que en la práctica supone que conviven en el mismo espacio de homicidas con cartelistas, violadores con personas sentenciadas por narcotráfico, estafadores con robacoches y así por el estilo. Eso fomenta la violencia al interior de los penales y crea una atmósfera propicia para el reclutamiento de nuevos miembros de la delincuencia organizada.

En 30% de nuestras cárceles se presentan fenómenos de autogobierno³⁰. Esto significa que son los propios internos (y no la autoridad) los que organizan las actividades, ejercen control o violencia sobre los demás, se encargan de las actividades laborales remuneradas, emplean a otros internos para su servicio personal o realizan actos de explotación sexual.

A esos datos escalofriantes hay que sumar el enorme problema de la corrupción en los reclusorios mexicanos. Los reclusos afirman que los custodios les cobran a sus familiares para permitirles visitarlos, para que les lleven alimentos u otros objetos, para poder ejercer su derecho a la visita conyugal o incluso para recibir los beneficios de la preliberación.

En los reclusorios es frecuente la presencia de armas, drogas y bebidas alcohólicas, para

cuya introducción se cuenta con el beneplácito de los directivos y custodios. Hay cárceles en las que existen zonas para los presos más ricos equipadas con los lujos más insospechados (algunos llegan a tener jardín privado y televisión vía satélite, son privilegiados a los que les organizan sus fiestas de cumpleaños, pueden recibir visitas de muchas personas a la vez, etcétera).

Para combatir, supuestamente, la introducción de sustancias prohibidas y de armas, las autoridades practican ostentosos (aunque ineficaces) métodos de revisión de las visitas, algunos de los cuales violan la dignidad de las personas, como lo ha sostenido la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en su Recomendación General número 1.

En ese documento, la CNDH afirma que

Una de las violaciones a los derechos humanos que con mayor frecuencia se presenta en la mayoría de los centros de reclusión es, precisamente, la relacionada con las revisiones que atentan contra la dignidad de familiares, amistades y abogados que visitan a los internos, que van desde una revisión corporal sin el menor respeto, hasta situaciones extremas en las que las personas son obligadas a despojarse de sus ropas, realizar 'sentadillas', colocarse en posiciones denigrantes, e incluso se les somete a exploraciones en cavidades corporales.

Si no resolvemos el problema de las cárceles va a ser muy difícil articular una política exitosa de seguridad pública. Las cárceles son hoy en día parte del problema de inseguridad pública de México y no están ayudando en modo alguno a solucionarlo.

³⁰ Bergman, Marcelo. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. CIDE. México. 2006, Págs. 41-47.

Es en el artículo 18 constitucional en el que se sientan las bases del sistema penitenciario nacional. Dicho artículo fue reformado el 18 de junio de 2008 y de nuevo el 10 de junio de 2011, para intentar detener en alguna medida el estado de avanzada descomposición de nuestras cárceles, a la luz de los datos que se acaban de citar y muchos otros que hay disponibles en el mismo sentido.

Se establece, en el artículo 18, que el respeto a los derechos humanos es una de las bases sobre las que se debe organizar el sistema penitenciario nacional, junto con el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte.

Mediante este nuevo añadido al párrafo primero del artículo 18 constitucional, la reforma del 10 de junio de 2011 subraya que en nuestras cárceles se deben respetar los derechos humanos y que no puede haber un régimen penitenciario compatible con la Constitución que permita la violación de tales derechos.

La privación de la libertad de la que son objeto las personas que delinquen no justifica en modo alguno que se violen sus derechos humanos, ni por acción ni por omisión de las autoridades.

D. Seguridad pública y seguridad ciudadana, sus diferencias e implicaciones

1. Seguridad Pública

Entendida como una situación en la cual se está a salvo de todo riesgo y peligro, la segu-

ridad es una aspiración del ser humano que le lleva a pactar con sus semejantes la vida comunitaria, la convivencia social, la creación del Estado -es uno de los fines del Contrato Social de Rousseau- el que a través de normas de derecho proporcionará a los miembros de su población la seguridad traducible como la certidumbre del individuo a que su persona, bienes y derechos están *a salvo de ataques violentos e indebidos* y, en el peor de los casos, de efectuarse, se harán cesar con premura y los daños le serán resarcidos; la seguridad es por tanto, punto de partida del Estado y punto de arribo del Derecho³¹.

Podemos definir a la seguridad pública como "la garantía que el Estado proporciona a la nación con el propósito de asegurar el orden público." El concepto de seguridad pública hace referencia a la protección que proporciona a través del mantenimiento de la paz pública mediante acciones de prevención y represión de ciertos delitos y faltas administrativas que la vulneran.

Su operación la ejercen las instituciones de administración y procuración de justicia y las estructuras que conforman las policías preventivas³².

En este orden desordenado, se pretende montar el más falso y peligroso dilema: derechos humanos o seguridad pública. Una sociedad exasperada por la creciente delincuencia no vacilaría en optar, a ciegas por la seguridad pública, a costa de la decadencia de los derechos humanos. Ese sería el producto de la siembra de una idea ominosa: la seguridad pública tiene un enemigo: las garantías individuales³³.

³¹ Fernández Ruiz, Fernando. *Apuntes para una Teoría de la Seguridad*. Anuario de Derecho Administrativo. FCU. T. X. Uruguay. 2003. Pág. 39.

³² Thiago Cintra, José. *Seguridad Nacional y Desarrollo*. Ed. Colegio de México, México.1991. Pág. 42.

³³ García Ramírez, Sergio. *Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso México*. En estudios jurídicos. Ed. IJ-UNAM, México, 2000, Pág. 384.

Samuel González en su trabajo *Entre la Seguridad Pública y la Seguridad Ciudadana. Un cambio de rumbo*³⁴, menciona el problema de la limitada visión gubernamental sobre el tema de seguridad, podría modificarse atendiendo a una concepción distinta del término. Alcanzar la tranquilidad a que todos aspiramos, ciertamente no es una tarea sencilla ni de corto plazo. Pero los cimientos de una política racional, deberán partir de este punto para alcanzar un cambio de rumbo. Para varios autores expertos en el tema, el concepto de seguridad pública es el adecuado y no ven razones para redefinirlo ni mucho menos para cambiarlo. A su consideración el término es caduco, confuso e inoperante, precisamente por la adopción de compromisos internacionales en materia de derechos humanos (aunque cabe aclarar que no todo lo nuevo o clásico es bueno o malo). Somos partidarios del término seguridad ciudadana por las razones que enseguida se exponen.

- 1). Se trata de un término reciente y relacionado directamente con la democracia y aún más con el neoconstitucionalismo y, en consecuencia, con los derechos humanos.
- 2). Su aspecto esencial es que se le considere como un derecho de las personas y no como una atribución estatal.

En varios países así se reconoce en sus Constituciones. Veamos dos ejemplos: Constitución de Bolivia y Constitución de España. A pesar de no ser este nuestro objeto de análisis, abordaré solo lo que considero más importante.

Para los autores nacionales, la seguridad pública es el conjunto de políticas y medidas coherentes y articuladas que tienden a garantizar la paz general a través de la prevención y represión de los delitos y las faltas contra el orden público, mediante el sistema del control penal y la policía administrativa.

Para la doctrina española, la seguridad ciudadana es una situación social en la que no existen riesgos o peligros para los ciudadanos, es decir, que éstos pueden ejercitar libremente sus derechos y libertades sin que exista obstáculo para ello. En definitiva, se trata de una situación que debe garantizar a los ciudadanos el libre y pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos y libertades que ostentan, tanto individuales como colectivos, en el marco de la Constitución.

La categorización de la seguridad ciudadana como un derecho individual permitiría exigir al Estado la creación de las condiciones necesarias para su disfrute y cambiaría el paradigma de su visión. Sin embargo, a pesar de las crisis recurrentes de los últimos 13 años el concepto continúa sumido en la indefinición y su observancia reducida a una frustración social.

La voz seguridad pública alude hoy en día, más a la seguridad del Estado que a la del ciudadano, por más esfuerzos que algunos tratadistas intenten hacer a favor del mismo. Referirlo como derecho, colocaría al Estado Mexicano y a sus cuerpos de seguridad en una tarea nada sencilla: velar por el respeto del ejercicio de los derechos y forzaría a una visión democrática del tema. Sin embargo, es una realidad que nuestras agencias de auto-

³⁴ González, Samuel; López Portillo, Ernesto y Yáñez, José Arturo. *Entre la Seguridad Pública y la Seguridad Ciudadana. Un cambio de rumbo*. Ed. IJ UNAM, 1995. Pág. 250.

ridad, durante décadas, han sido utilizadas para el control político, más que para el control social democrático. Consideramos que toda reforma debería partir de este punto. Pero posiblemente una modificación de esta naturaleza, no sería cómoda para quien ejerce el poder, salvo que se iniciara una vida democrática nacional libre de políticas clientelares.

En nuestro país, al menos los estados de Querétaro, México, Guadalajara y Chiapas respectivamente cuentan con una denominada Secretaría de Seguridad Ciudadana, en nuestra entidad mexicana se ha establecido en el Decreto número 359 del año en curso, la creación de la Secretaría de Seguridad Ciudadana del Gobierno del Estado de México, que el artículo 21 bis de la Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México define como: *la dependencia encargada de planear, formular, conducir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar las políticas, programas y acciones en materia de seguridad pública*. En mi opinión, la definición y atribuciones de la secretaría no cumplen con lo que en esencia debería ser, pues como ya señalamos, no se trata solo de un simple cambio de nombre, va más allá de ello. Tampoco se trata de ir remedando términos, sino de hacer una verdadera estrategia integral acorde a los compromisos internacionales, de lo contrario, poco se podrá hacer para dar pleno cumplimiento a la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos y peor aún, el Estado se estaría alejando de su razón de ser.

Existe una mala percepción al ver que en el nuevo sistema las personas pueden obtener

su libertad más rápidamente. Algunos policías opinan que "más tardan en detener a las personas que en que los dejen en libertad". Por esta realidad presente en todos los países, es necesario establecer mecanismos para asegurar la debida implementación de las medidas cautelares concientizando a la sociedad que las personas en libertad están sujetas a condiciones y un régimen de vigilancia y control. El proceso de reforma es complejo, pero para crear un sistema de justicia penal como un verdadero instrumento de desarrollo del bienestar social debemos analizar qué formas son las idóneas para asegurar el éxito de la reforma y legitimar las medidas cautelares como verdaderas alternativas a la prisión preventiva³⁵.

Un paso adicional tiene que ver con la capacitación y mejoramiento de los miles de cuerpos policíacos que existen en México. Cada municipio (suman más de 2 mil 500 en todo el territorio) y cada entidad federativa (son 32) tiene su propia policía, como la tiene también la Federación. La reforma constitucional de 2008 ordena que todos los policías estén certificados y sus datos aparezcan en un sistema que permita saber que no tienen antecedentes penales (artículo 21 constitucional). El propósito de esa parte de la reforma es mejorar sustancialmente la calidad de los policías que tenemos en México. Sin embargo, para lograr lo anterior considero que es imperante que el personal de los Centros de Control de Confianza cuenten con estándares que permitan que el ingreso de su personal sea altamente calificado y que además de los exámenes psicológicos, poligráficos, toxicológicos,

³⁵ Riego, Cristian y Duce, Mauricio Duce. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Chile. 2009. Pág. 39.

socioeconómicos y médicos cuenten con la preparación académica adecuada, ¿pues como queremos tener buenos elementos de seguridad pública si antes no contamos con evaluadores de calidad?

Además de capacitarlos, certificarlos y recabar sus datos, es importante también mejorar sus salarios —de los cuerpos policiacos—, de modo que la carrera policiaca sea atractiva para más personas. Según datos dados a conocer por la Secretaría de Seguridad Pública (SSP) del gobierno federal, 60% de los policías municipales gana hasta cuatro mil pesos al mes.

2. ¿Cómo se gana a la delincuencia?

Otro tema que ha aparecido en el debate mexicano sobre la seguridad pública tiene que ver con el objetivo que se busca a través de la intervención del gobierno federal. Muchos analistas se preguntan: ¿De qué manera podemos saber si vamos ganando, empatando o perdiendo en la lucha contra los grandes grupos criminales? ¿En qué momento y bajo qué condiciones sabremos si la balanza se inclina del lado de la ley y el orden, o del lado de los criminales?

Para contestar a tales cuestionamientos Carbonell nos da dos parámetros objetivos que dan cuenta del posible éxito del Estado en la lucha contra el delito. Uno de ellos tiene que ver con el control territorial: un Estado se impone a los grupos criminales cuando éstos no controlan partes del territorio o cuando son permanentemente hostilizados por la fuerza pública en los lugares en que se encuentran. El segundo parámetro tiene que ver con la disminución de la violencia en nuestras calles: que haya menos robos, menos secuestros y menos homicidios.

El control territorial se ha ido afianzando desde hace un tiempo. La presencia de fuerzas federales (militares o civiles) en lugares que habían estado controlados por el narcotráfico es evidente. El amplio despliegue en Tamaulipas, Chihuahua y Michoacán debe ser valorado. Queda, sin embargo, mucho trabajo por hacer, ya que aun en esas entidades con operativos constantes las personas no pueden salir a la calle con tranquilidad. Muchas veces parece el juego del gato y el ratón: entran unos y salen otros.

El segundo parámetro de medición es mucho más complicado y arroja datos que no nos permiten ser muy optimistas. De hecho, si tomamos en cuenta las cifras de la violencia (homicidios, secuestros, etcétera), tal parece que no solamente no hemos ganado nada, sino que vamos en retroceso.

Los homicidios habían presentado una tendencia descendente desde 1992, ubicando a México en una tasa muy inferior a la que se presenta en los países de América Latina. Por ejemplo, según datos del Consejo Nacional de Población (CONAPO) y de la SSP del gobierno federal, para 1997 teníamos una tasa de 17 homicidios por cada 100 mil habitantes, la cual había disminuido a una tasa de 10 por cada 100 mil para el año 2007. Sin embargo, la tendencia se invierte a partir de 2008, 2009 y sobre todo 2010. En 2008 y 2009 la tasa de homicidio se incrementó en un 50% (cada año), lo que hace retroceder a México un par de décadas en esa materia.

Fernando Escalante nos informa que en 2008 hubo 5 mil 500 homicidios más que en 2007, y en 2009 hubo 5 mil 800 más que en 2008, y 3 mil más que en 1992 (que fue el año con la tasa más alta de la historia reciente del país). En esa parte la victoria no sólo parece lejana

sino que estamos ante lo que podría calificarse sin duda como un grave retroceso³⁶.

De lo visto, ¿qué nos hace falta para que realmente funcionen las Reformas Constitucionales de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública y la de 2011 en materia de derechos humanos?

Para formular algunas propuestas he considerado hacer uso del *análisis económico del Derecho* ya que parte del supuesto de que todos y cada uno de los individuos se comportan de tal forma que buscan maximizar sus beneficios. El derecho es un sistema a través del cual se pretende incentivar o desincentivar la realización de ciertas conductas por parte de los individuos, es decir, el derecho restringe o estimula determinadas conductas³⁷.

III. SÍNTESIS

En el presente ensayo intitulado "La reforma de derechos humanos y sus implicaciones en la vida contemporánea del estado mexicano a la luz del análisis económico del derecho" intenta generar un estudio integral sobre las causas y consecuencias del neoconstitucionalismo y sus implicaciones en los derechos humanos. Intenta que la autoridad y el público asimilen las intenciones de la nueva teoría constitucional, ya que no solo se trata de cambiar el texto por cambiarlo y mucho menos son reformas aisladas (Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, en materia de juicio de amparo y en materia de derechos humanos), la coyuntura de la vida nacional exige que sus científicos sociales atiendan los fenómenos que afectan

el correcto desarrollo de la nación, además de la investigación de instituciones jurídicas que son usadas irracionalmente en contra de la población simplemente para evitar que la autoridad cumpla con su deber de manera adecuada; si queremos que los cambios constitucionales cumplan sus objetivos, debemos realizar reformas institucionales, que todo el sistema jurídico esté coordinado ya que de nada valdrá que unas entidades hablen de seguridad pública y otras tal vez malentiendan lo que es la seguridad ciudadana. Habrá quienes digan que los derechos humanos y el Derecho Penal no se pueden conjugar, pero no es así, lo que pasa es que no estamos acostumbrados a vivir en un estado constitucional y democrático, por lo tanto, este trabajo intenta divulgar el conocimiento hacia la población y que la misma conciba de una mejor manera estas reformas y con ello generar una cultura de legalidad que permita el cumplimiento y la exigencia de sus derechos frente a la autoridad.

IV. PROPUESTAS

Es imperante una reforma institucional integral que dé viabilidad, eficiencia y eficacia a las reformas constitucionales.

Se deben generar mesas de estudio y análisis acerca de cómo se debe atacar y dar atención a la comisión de delitos graves y con ello combatir al crimen eficiente y eficazmente, y al mismo tiempo empezar a lograr el bienestar social anhelado.

Generar una cultura jurídica en la sociedad, que permita al ciudadano hacerse partícipe de la vida democrática y con ello generar mayor

³⁶ Carbonell, Miguel. Este País. Edición electrónica 245. Fecha de consulta: 01.09.2011. Disponible en web <http://estepais.com/site/?p=35031>

³⁷ García García, Adriana; Zabala Rubach, Dirk. Derecho y Economía. Ed. CIDE-Oxford. 2009. México. Pág. XVI.

responsabilidad y gradualmente ir eliminando la vigencia de políticas clientelares que generan una cultura de la simulación o doble moral y en consecuencia se estará evitando la presión mediata sin razón.

Generar mesas de diálogo con la función legislativa a fin de formular una iniciativa que busque la reparación del daño moral por parte del Estado siempre y cuando éste lo haya ocasionado.

Generar estudios e investigaciones de calidad para ir adecuando la política criminal de acuerdo la realidad social y con ello generar la mejor política social.

Evitar aún más la dispersión del derecho penal (códigos penales) y con ello generar un desequilibrio legislativo.

Resolver el problema de las cárceles, promoviendo una separación entre aquellos que se encuentran en prisión preventiva, quienes son sentenciados (por cuantía) y entre hombres y mujeres.

Renovar la actuación del Ministerio Público, incrementando los estándares de fundamentación y motivación de su actuación, para con ello acabar con la ineficacia, ineficiencia, corrupción y violación de derechos humanos.

V. CONCLUSIONES

De nada servirán las reformas a nuestro texto constitucional si la autoridad y la sociedad no vislumbran sus implicaciones y además no asumen un verdadero compromiso con la legalidad.

Debe existir una verdadera coordinación legislativa en relación a la teoría neoconstitucional.

No hay tiempo para seguir con indecisiones acerca del futuro de nuestra nación, una sociedad más informada asume mayores compromisos y exige más a sus autoridades.

Debemos acabar con las políticas clientelares.

El desempeño económico-financiero puede hacer crecer o arruinar un proyecto general de nación, pero con o sin igualdad en la distribución de la riqueza, la impartición de justicia es un elemento indispensable para la vida gregaria.

Se debe dar pleno cumplimiento a los compromisos internacionales pactados por nuestro Estado y aún más los que señala nuestra Carta Magna.

Se debe realizar un estudio sistemático e integral sobre la reforma en materia de derechos humanos.

Por estar a la “moda”, nos hemos caracterizado por copiar fórmulas, sin evaluar antes las viabilidad, eficiencia y eficacia de las mismas en nuestras latitudes.

Si teóricamente no hay disputa entre los derechos humanos y el Derecho Penal (tomando como referencia al neoconstitucionalismo) menos debe haberlo en la práctica, principalmente en la procuración de justicia.

VI. FUENTES

Bibliográficas

1. Alvarado Velloso, Adolfo. *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Tomo I. Ed. Depalma. Argentina. 1998.

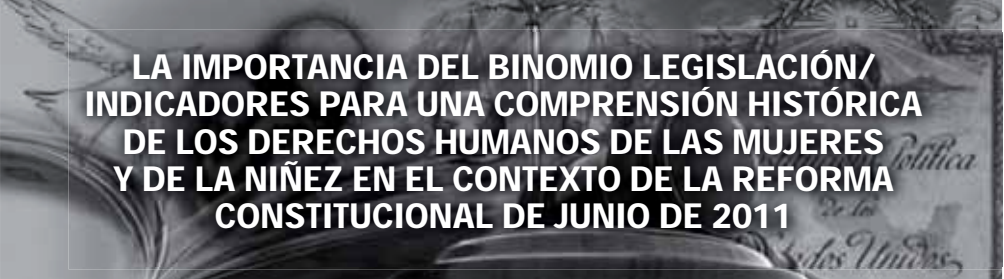
2. Bergman, Marcelo. *Delincuencia, marginalidad y desempeño institucional. Resultados de la segunda encuesta a población en reclusión en el Distrito Federal y el Estado de México*. CIDE. México. 2006.
 3. Cintra, José. *Seguridad Nacional y Desarrollo*. Ed. Colegio de México, México. 1991.
 4. Fernández Ruiz, Fernando. "Apuntes para una Teoría de la Seguridad". En *Anuario de Derecho Administrativo*. FCU. T. X. Uruguay. 2003.
 5. Fernando Castellanos. *Lineamientos elementales del Derecho Penal*. Ed. Porrúa. México. 2008.
 6. García García, Adriana; Zabala Rubach, Dirk. *Derecho y Economía*. Ed. CIDE-Oxford. 2009. México.
 7. García Ramírez, Sergio. "Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el caso México". En *estudios jurídicos*. Ed. IJ-UNAM, México, 2000.
 8. González, Samuel. López Portillo, Ernesto y Yáñez, José Arturo. *Entre la Seguridad Pública y la Seguridad Ciudadana. Un cambio de rumbo*. Ed. IJ UNAM, 1995.
 9. Gutiérrez, Juan Carlos. *Prisión Preventiva en México. Estándares desarrollados por la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos*. Biblioteca jurídica virtual del IJ-UNAM. México.
 10. Medina Peñalosa, Sergio J. *Teoría del Delito: Casualismo, Finalismo, Funcionalismo e Imputación Objetiva*. Segunda edición corregida y aumentada. Ed. Ángel Editor. México. 2008.
 11. Rey Cantor, Ernesto. *Medidas Provisionales y Medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Ed. IJ de la UNAM, Temis y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Colombia. 2005.
 12. Riego, Cristian y Duce, Mauricio Duce. *Prisión Preventiva y Reforma Procesal penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Ed. Centro de Estudios de Justicia de las Américas. Chile. 2009.
 13. Santiago, Alfonso. *Neoconstitucionalismo*. Ed. Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Argentina. 2008.
 14. Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Cárdenas Editores, México, 1999.
 15. Zepeda Lecuona, Guillermo. *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. Ed. OSJI, México, 2010.
- Legislativas:**
1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
 2. Convención Interamericana de Derechos Humanos
 3. Declaración Universal de los Derechos Humanos
 4. Ley de Seguridad del Estado de México
 5. Ley Orgánica de la Administración Pública del Estado de México
 6. Ley que crea el Instituto Mexiquense de Seguridad y Justicia
- Revistas**
1. Morales Sánchez, Carlos. "Los delitos graves; una violación al derecho internacional de los derechos humanos". En *Instituto de la Defensoría Pública*. Revista No. 4. Revista del Instituto Federal de Defensoría Pública. México. 2007.

Electrónicas:

1. “Analizará SCJN sustitución de prisión preventiva”. Sección: Titulares. Publicado el 17 noviembre 2011 12:00 <http://www.pulsojuridico.com/?p=2271>
2. Carbonell, Miguel. “Este País”. Edición electrónica 245. Fecha de consulta: 01.09.2011. Disponible en web <http://estepais.com/site/?p=35031>
3. Carbonell, Miguel. “Este País”. Edición electrónica 246. Fecha de consulta: 03.10.2011. Disponible en web <http://estepais.com/site/?p=35449>
4. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el lunes 6 de junio de 2011 http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011
5. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el viernes 10 de junio de 2011. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011
6. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el lunes 6 de junio de 2011 http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011
16. Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el viernes 10 de junio de 2011 http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011
17. “Diagnóstico sobre la situación de los derechos humanos en México”, p. 12. <http://www.zonalibredeviolencia.ipn.mx/DOCUMENTOS/INDICADORES/DiagnosticosobrelasituaciondelosDerechos>.
18. Ippolito, Franco. “La Detención Preventiva”. En *Revista de Derecho Constitucional N° 19*, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Fecha de consulta: 28 de diciembre de 2009. Disponible además en World Wide Web: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/slv-detencion-preventiva.pdf>.

Ponencias:

1. Conferencia: Comandicci, Paolo. *Formas de Neoconstitucionalismo*. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales Córdoba, 23 de Agosto 2005.



LA IMPORTANCIA DEL BINOMIO LEGISLACIÓN/ INDICADORES PARA UNA COMPRENSIÓN HISTÓRICA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y DE LA NIÑEZ EN EL CONTEXTO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2011

GINA ALMA ESCANDÓN CARRILLO

La violencia contra la mujer es quizás la más vergonzosa violación de los derechos humanos. No conoce límites geográficos, culturales o de riquezas. Mientras continúe, no podremos afirmar que hemos realmente avanzado hacia la igualdad, el desarrollo y la paz

Kofi Annan.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. A. LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. B. LOS DERECHOS HUMANOS DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA EN LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL. II. SÍNTESIS. III. PROPUESTAS. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Analizar los derechos humanos de las mujeres y de la niñez es el objetivo principal de este ensayo en el que se realiza un recorrido histórico que intenta dar cuenta de los principales momentos históricos en los que la mujer, en primer término y la niñez, en otro momento, se han dado a la búsqueda por vigorizar sus derechos en todos los ámbitos en los que mu-

chas veces les estuvieron o les están negados, principalmente en el ámbito cultural, político y jurídico. Por esto los derechos humanos aquí expuestos se basan en ofrecer datos históricos que sirvieron de base para justificar los marcos jurídicos que vieron la luz, principalmente en el ámbito internacional, por la importancia que reviste esa legislación para ser interiorizada en los diversos países que participan en las Convenciones y en la firma o ratificación de Tratados.

Con la reforma constitucional de junio de 2011 en México se da un paso trascendente en el sentido de proteger los derechos humanos contenidos en la parte dogmática de nuestra Constitución Política federal y fortalecer el sistema de garantías para su protección¹. Los derechos humanos de las mujeres, de la niñez y de los adolescentes se encuentran implíci-

¹ Secretaría de Gobernación. Poder Ejecutivo Federal. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México. Diario Oficial de la Federación. 10 de junio de 2011.

tos en esa gran reforma que le otorga a México el reconocimiento internacional inclusive de la propia Organización de las Naciones Unidas (ONU)².

También esta reforma constitucional permite equiparar, en términos del sistema de jerarquía normativa, a los instrumentos internacionales suscritos por nuestro país con respecto al propio texto constitucional.

El contexto histórico de esta reforma específicamente en materia de derechos humanos de las mujeres, es el que a continuación se describe a partir de los elementos que diversos estudiosos han aportado.

Según estudios de sociología (etnología) y de antropología (denominada evolucionista) en una etapa inicial de la humanidad las sociedades se regían por el sistema matriarcal en el que las mujeres dirigían a los diversos grupos y transmitían las relaciones de parentesco. En esta etapa se puede aludir a una economía de autoconsumo, se trataba de una economía incipiente en términos comunales en la que el control predominante lo tenía la mujer.

Posteriormente al surgir la propiedad privada y con formas de control político más complejas se origina el patriarcado, sin embargo, existen diversos antecedentes que nos dan cuenta de diversos referentes históricos en relación a los derechos humanos de las mujeres y de la lucha que han sostenido para lograr su reconocimiento en diversos textos legales y en diversos países del orbe.

Un análisis así puede realizarse a partir de los diversos métodos o tradiciones de pensamiento por ejemplo: estructural funcionalismo, marxismo, etc. Sin embargo, no es propósito de este texto.

Hay tratadistas que consideran que existe un primer momento histórico en el que las mujeres se organizan en contra del poder masculino dominante, y que refiere propiamente a la denominada oposición a la *Ley Oppia* promulgada en el 215 a.C., que trataba de limitar el lujo en el aspecto físico de las mujeres (imperaba la imagen de la matrona ideal sometida al denominado pater/familias). Más que por el contenido de la reivindicación es un hecho relevante en tanto que actitud colectiva de activa oposición por parte de las mujeres. Sin embargo, hay tratadistas que argumentan que la promulgación de dicha ley (denominada así por el tribuno Cayo Oppio) sólo se explica como reacción antifeminista por parte de la cultura masculina dominante. La ley recoge para el mundo del derecho un sentimiento de la sociedad romana y estuvo poco tiempo en vigor ya que las denominadas “matronae” se manifestaron contra los preceptos de esa disposición frente a las posturas más conservadoras que pretendían su vigencia³.

Los resultados de este momento histórico fueron el haber causado una gran repulsa en el Senado y la posterior derogación de la ley a causa de las protestas de las mujeres.

Paréntesis aparte merece lo referente a las tradiciones religiosas cuya gran mayoría ha

² Cfr. Comunicado de Prensa que envió la (ONU) a nuestro país y que se encuentra fechada el 8 de marzo de 2011. En página web de Congreso de la Unión, y en <http://www.hchr.org.mx/>

³ Irigoyen Troconis, Martha Patricia. *La Mujer Romana a través de Fuentes Literarias y Jurídicas*. Página 258 (pdf: www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/18).

justificado históricamente la subordinación de la mujer al varón, motivo por el cual no se hará referencia a ellas durante el desarrollo de este ensayo, ya que el mismo busca predominantemente explicar los derechos humanos a partir de la norma que es base del Estado de Derecho, más específicamente se busca realizar un recorrido histórico a través de los principales tratados y convenciones internacionales.

Así, enfocándose a los ámbitos jurídico-históricos encontramos otro importante referente en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, que se expide en 1789 en Francia. Se dice que este texto no incluyó como sujetos de derechos a las mujeres (en la palabra hombre no se refería a humanidad sino sólo a varones). Dicha discriminación motivó la actitud de protesta de una mujer, Olimpia de Gouges, quien publicaría la *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana*, esto junto con su política antiobespieire constituyen los motivos por los cuales fue acusada de reaccionaria y guillotizada dos años más tarde.

Durante el siglo XIX cobra fuerza el feminismo, sin embargo, hay que distinguir claramente entre esta corriente que denominada así recorre la literatura y se distingue por tener escritoras y exponentes brillantes, y la postura propiamente feminista que busca luchar por sus derechos humanos en una situación de equilibrio con el sexo opuesto. Es decir, es preciso delimitar en nuestros propios conceptos y categorías en el análisis lo que significa, por una parte, feminismo y por la otra el reconocimiento a los derechos humanos de las mujeres⁴.

Realizada esta acotación conceptual tenemos entonces que el siguiente paso histórico se da en 1848 con la *Declaración de Séneca Falls* que resume las conclusiones sobre la Convención de los Derechos Humanos de la Mujer celebrada en la localidad que lleva ese nombre.

Dicha declaración, se dice, fue inspirada por el texto de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, y denunciaba las restricciones a que estaban sometidas las mujeres, por ejemplo el no poder emitir su sufragio, el no poder ocupar cargos públicos ni de elección popular, etc. Así la mujer tenía vedada su participación política y este texto independentista coadyuvó a colocar cimientos para evitar ese retroceso.

Veinte años después, en Inglaterra, el famoso economista John Stuart Mill publicó *El sometimiento de la Mujer*⁵ en el que proponía un principio de perfecta igualdad entre hombres y mujeres, argumentando que

El principio regulador de las actuales relaciones entre los dos sexos, la subordinación legal del uno al otro, es intrínsecamente erróneo y ahora constituye uno de los obstáculos más importantes para el progreso humano...

Así Stuart Mill señalaba que la opresión de la mujer era uno de los pocos vestigios conservados de modelos sociales obsoletos, un conjunto de prejuicios que impediría arduamente el progreso de la humanidad⁶.

Durante el siglo XIX la defensa de los derechos de las mujeres no fue nunca una tarea prioritaria; sin embargo, para el siglo XX las mujeres adquieren un mayor protagonismo debido a, entre otros factores, su papel deci-

⁴ A este respecto se han desarrollado glosarios de términos especializados en género.

⁵ El título original de la obra de Stuart Mill, John es *The Subjection of Women*.

⁶ *Idem*, capítulo I. Citado por página web de Wikipedia Enciclopedia Libre.

sivo como factor de la producción, primero en el ámbito agropecuario y posteriormente en el sector industrial, de este último se fue incrementando paulatinamente el número de mujeres empleadas en las fábricas (también creció el empleo de los niños) con salarios muy por debajo de lo merecido por su contribución a la producción.

Destaca en 1910 la proclamación del *Día de la Mujer* en Copenhague como un homenaje a favor de los derechos de la mujer. Para el año subsecuente se celebró el *Primer Día de la Mujer Trabajadora* lo cual fue tristemente motivado por que el 25 de marzo de ese año más de 147 mujeres trabajadoras⁷ (en su mayoría inmigrantes italianas y judías) murieron en el incendio de la fábrica *Triangle Shirtwaist* de Nueva York, hecho que demostró la enorme explotación e injusticia social y laboral de la que era víctima la mujer, también se dice que hubo un levantamiento de más de veinte mil mujeres en protesta.

Al término de la Segunda Guerra Mundial fue aprobada la *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer* (1952). Posteriormente las Naciones Unidas han ido aprobando otros documentos relativos a los derechos de las mujeres, mismos que se condensan en diversas declaraciones y Convenciones que se abordarán en este ensayo y que es su objeto

de ser en virtud de su naturaleza jurídica con enfoque a los derechos humanos.

Se dice que por labor de las Naciones Unidas en 1946 se crea la *Comisión de la Condición Social y Jurídica de la Mujer* en la que se consideraba que el respeto a los derechos humanos no tendría universalidad mientras no se respetasen los derechos de la mujer.

Antes de entrar en la materia hay que destacar que se dice que en México hemos ido a la vanguardia continental en derechos humanos de los denominados de primera generación, y también el primero en reconocer los derechos sociales de los trabajadores del campo y de la ciudad (segunda generación), no obstante, nos hemos encontrado a la zaga en los derechos humanos de las mujeres y hemos sido de los últimos seis países del continente en reconocer los derechos políticos de las mujeres, por ejemplo es hasta 1953 que se le otorga el derecho al voto a la mujer en nuestro país y eso a instancias de que la ONU le formulase la recomendación en 1952⁸.

Sin embargo, existen esfuerzos evidentes para paliar ese rezago, por ejemplo, en 1975 se llevó a cabo la *Primera Conferencia Mundial de la Mujer* de la que México fue sede, y constituye un preámbulo importante en el análisis⁹, también encontramos que actual-

⁷ Se dice que percibían alrededor de cuatro dólares a la semana, y su jornada laboral incluía los sábados y el domingo. Estas mujeres vivían en la miseria.

⁸ Derecho al voto fue otorgado a la mujer en Nueva Zelanda en 1893, en Australia en 1901, en Finlandia 1906, en Noruega 1913, en Dinamarca e Islandia 1915, en España 1931, en Francia e Italia 1945 y en Suiza en 1971. Hasta el 2007 en países como Arabia Saudí y Brunei las mujeres seguían sin tener derecho a emitir su sufragio.

⁹ En 1979 se aprobó la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, que cuenta hasta el 31 de diciembre de 2000 con 166 Estados partes. Asimismo, se crearon el *Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer*, cuyo fin es promover la habilitación política y económica de la mujer en los países en desarrollo; y el *Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer* (Cfr. www.cinu.org.mx/temas/mujer.htm).

mente se encuentra definido un programa nacional en la materia¹⁰ e inclusive existen programas impulsados por la federación y por diversas entidades federativas en materia de equidad de género.

A. Los derechos humanos de la mujer en la legislación internacional

En primer término en materia de instrumentos jurídicos internacionales tenemos que las Convenciones más sobresalientes que existen en materia de derechos humanos de las mujeres son las siguientes:

1. Convención sobre nacionalidad de la mujer¹¹

Adoptada en Montevideo, Uruguay en el año de 1933 entró en vigor el 29 de agosto de 1934. Consta de cinco artículos y tiene como objeto guía el de concertar un convenio acerca de la nacionalidad de la mujer. El artículo sustancial de esta Convención lo constituye el 1º que dice lo siguiente: *No se hará distinción alguna basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación, ni en la práctica.*

México, a través de su Gobierno, se reserva el derecho de no aplicar la presente Convención en aquéllos casos que estén en oposición con el artículo 20 de la *Ley de la Nacionalidad y Naturalización*, la cual establece que la mujer extranjera que se case con mexicano queda naturalizada por virtud de la ley, siempre que tenga o establezca su domicilio en territorio nacional.

2. Convención interamericana sobre concesión de los derechos civiles a la mujer

Adoptada en Bogotá. Entró en vigor para México el 11 de agosto de 1954. Establecida por gobiernos representados en la novena conferencia internacional americana. Consta de dos artículos:

- 1). Los Estados Americanos convienen en otorgar a la mujer los mismos derechos civiles de que goza el hombre.
- 2). Traducción realizada a diversos idiomas: español, inglés, portugués y francés.

3. Convención Interamericana sobre concesión de los derechos políticos a la mujer

Se adoptó en Nueva York, siendo depositaria la ONU, y entró en vigor el 7 de julio de 1954. Para México el 21 de junio de 1981. Consta de once artículos, destacando los siguientes:

Artículo I. Las mujeres tendrán derecho a votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo II. Las mujeres serán elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación alguna.

Artículo III. Las mujeres tendrán derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

¹⁰ Denominado *Programa Nacional de Promoción y Difusión de los Derechos Humanos de las Mujeres*, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México. 2009.

¹¹ Pedroza de la Llave, Susana Thalía; García Huante, Omar (compiladores) *Compilación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos Firmados y Ratificados (1921-2003)*. Tomo I. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. 2003, página 577 y siguientes.

Artículo VIII. Todo Estado podrá denunciar la presente Convención mediante notificación por escrito dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efectos un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

4. Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada

Artículo 1: Los Estados contratantes convienen en que ni la celebración ni la disolución del matrimonio entre nacionales y extranjeros ni el cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, podrán afectar automáticamente la nacionalidad de la mujer.

5. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Esta Convención fue adoptada en Nueva York, entrando en vigor el tres de septiembre de 1981. Su depositario es la ONU. En su primer artículo define discriminación contra la mujer diciendo que denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

6. Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. Convención de Belem do Pará

Convención que se llevó a cabo en esa ciudad y que sienta bases jurídicas no sólo para

erradicar sino también para la prevención de la violencia contra las mujeres. Al ser institucionalizada se crea un comité mediante el denominado *Protocolo Facultativo*.

7. Protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

Establece un comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer a efecto de que funja como receptor de comunicaciones que podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por el Estado parte (bajo el cual tienen jurisdicción). Las comunicaciones serán por escrito.

También sería importante considerar en el análisis algunas tendencias básicas que han sido detectadas por organismos internacionales entre las que destacan la de feminización de la agricultura que viene a representar una veta importante en materia de derechos humanos de la mujer toda vez que es ésta una

...realidad que se deriva de un incremento en la participación de las mujeres en la producción agropecuaria y de una disminución en la participación masculina, por fenómenos como la migración, principalmente. Más que nunca, entonces, urge reconocer y promover en las estrategias de desarrollo agrícola y de seguridad alimentaria la capacidad de la mujer rural y tomar conciencia de que, en las zonas rurales de México cada día hay más mujeres jefas de hogar y cada día se feminiza más la pobreza y la propiedad de la tierra¹².

Aunado a esto se estima que la violencia generalizada contra la mujer también es eviden-

¹² Costa Leonardo Nuria. *La incorporación de la cuestión de género en las políticas públicas de desarrollo rural en México*. Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Desarrollo Rural. Núm. 2. 2005 (página 1. Sinopsis).

te según ciertas cifras, destacando el hecho de que *Desde 1990, se estima que el 90% de las muertes relacionadas con conflictos armados en todo el mundo han sido civiles, y un 80% de las víctimas han sido mujeres y niños*¹³.

Para el caso de México se debe ubicar primero el total de la población y de ella el número de mujeres. Así en el último censo de población y vivienda 2010 en los Estados Unidos Mexicanos hay un total de 112 322 757 habitantes de los cuales 54 856,258 son hombres y 57 464 459 son mujeres, lo que nos da una idea de la importancia que adquieren las políticas en materia de derechos humanos de las mujeres¹⁴.

Al igual que en el caso de las mujeres, los adolescentes y los niños han sido objeto de violación a su derechos más básicos, por ende se consideran en la categoría de “grupos vulnerables” de la sociedad, a los que debe de prestárseles especial atención y definir políticas públicas que tengan como propósito defender sus derechos humanos o replantearlos e instrumentar mecanismos diversos para asegurar su permanencia.

B. Los derechos humanos de la niñez y de la adolescencia en la legislación internacional

Referente a esta temática, tenemos que los derechos de la niñez se salvaguardan desde

hace muchas décadas al considerarse que la humanidad debe al niño y al adolescente lo mejor que pueda darle, toda vez que los niños son expresión de un presente que se transforma en futuro.

Existen muchos indicadores en materia de derechos humanos de los niños, principalmente los aportados por el propio Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que dan cuenta de los avances que existen en la materia, sin embargo debemos de considerar que pareciera

*...existir consenso respecto de que los indicadores socioeconómicos o sociodemográficos tradicionalmente utilizados requieren una nueva mirada para ser utilizados como indicadores de derechos humanos. Sin embargo, la literatura no es clara respecto de las diferencias de uno y otro, a excepción del obvio consenso referido a que los indicadores de derechos humanos deben permitir observar la discriminación, y el énfasis en la conexión con la legislación internacional. Se han establecido diferencias en torno a los orígenes: los de desarrollo se basan en planes o políticas nacionales mientras los de derechos humanos se basan en los instrumentos internacionales; o los fines: los de desarrollo persiguen metas, en tanto los de derechos humanos se orientan a los derechos (Green 2001). Es evidente que estos criterios contribuyen, pero no son suficientes para determinar las diferencias entre un indicador y otro*¹⁵.

Los Convenios más importantes en este rubro son los siguientes:

¹³ Bustelo Graffigna, Eduardo. “Infancia en Indefensión” en *Derechos Humanos, Niñez y Adolescencia*. Op.cit. página 54.

¹⁴ Cfr. www.inegi.org.mx. “Resultados Preliminares del Censo de Población y Vivienda 2010”.

¹⁵ Ferrer Lues, Marcela. “Derechos Humanos” en *Población: Indicadores para un sistema de monitoreo*. Nueva York. Naciones Unidas. (CELADE.CEPAL) 2007; página 18.

1. Convenio internacional de trabajo número 58 por el que se fija la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo (OIT 1920)

Los niños menores de catorce años no podrán prestar servicios a bordo de ningún buque, salvo cuando estén empleados los individuos de una misma familia.

2. Convenio número 90 relativo al trabajo nocturno de los menores en la industria

Aplicable a los niños menores de 16 años y en un intervalo entre las diez de la noche y las seis de la mañana.

Como una nota introductoria a estos mecanismos de defensa de los derechos laborales de niños y adolescentes, tenemos que la OIT tiene actualmente un programa internacional para la erradicación del trabajo infantil, respecto del cual establece que:

...el número mundial de niños trabajadores ha disminuido de 222 millones a 215 millones durante el período 2004-2008, es decir un 3 por ciento, lo cual representa una desaceleración en el ritmo de reducción a nivel mundial.

El informe también menciona la preocupación de que la crisis económica mundial pueda “frenar” el avance hacia el objetivo de eliminar las peores formas de trabajo infantil para 2016. El nuevo informe de la OIT, *Intensificar la lucha contra el trabajo infantil*, presenta estimaciones detalladas sobre el trabajo infantil. El mayor progreso se ha registrado entre los niños y niñas de cinco a 14 años. En este grupo, el número de niñas y niños

trabajadores disminuyó en un 10 por ciento. El trabajo infantil entre las niñas disminuyó de manera considerable (en un 15 por ciento). Sin embargo, aumentó entre los niños (de ocho millones, que corresponde a un siete por ciento). Además, el trabajo infantil entre los jóvenes de 15 a 17 años aumentó en un 20 por ciento, de 52 millones a 62 millones¹⁶.

3. Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

El propósito aquí es proteger al menor de efectos perjudiciales por un traslado o retención ilícita.

4. Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores

Se adoptó en Bolivia el 24 de mayo de 1984 y básicamente se enfoca a regular las distintas modalidades para la adopción en el ámbito internacional.

5. Convención interamericana sobre restitución internacional de menores

Refiere a su pronta restitución cuando hayan sido trasladados ilegalmente de un país a otro.

También es importante considerar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 19 los Derechos del Niño refiriendo que *Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado*¹⁷.

¹⁶ www.ilo.org/public/spanish; página web de la OIT.

¹⁷ Suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*.

Asimismo, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" establece en su artículo 16 el denominado *Derecho de la Niñez* que refiere en lo específico a que

*Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo*¹⁸.

Como nota adicional a este ensayo se destaca que esta información citada en las referencias 6 y 7, es contenida en el denominado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mismo que *... está constituido por un conjunto de normas internacionales que tienen aplicación en el continente americano y, por ese motivo, se consideran de carácter regional*. De ahí la importancia de citar este tipo de información que posibilitan mayor calidad metodológica en el análisis y en la argumentación que se realiza.

En materia de políticas públicas en materia de derechos humanos existen avances por parte de organismos internacionales, tal es el caso de la UNICEF

*... en su relación con los gobiernos, los legisladores, los medios de comunicación, la sociedad civil y las organizaciones internacionales que trabajan en favor de los niños y las mujeres. Mediante el análisis de las políticas económicas, sociales y jurídicas, podemos comprender mejor las circunstancias y las fuerzas que afectan el bienestar de los niños, las niñas y las mujeres en todo el mundo. A partir de este análisis, podemos establecer si, por ejemplo, se abordan de manera adecuada temas como la pobreza, la salud deficiente o la ausencia de protección jurídica, y a su vez podemos formular nuevos enfoques de política y medidas destinadas a mejorar los resultados de los programas económicos, sociales y de gobernabilidad democrática para los niños, las niñas y las mujeres*¹⁹.

II. SÍNTESIS

Aún cuando existe todo un marco jurídico internacional, regional, nacional y local, indudablemente nos seguimos enfrentando a problemáticas que en materia de derechos humanos son prioritarias y deben de atenderse urgentemente, pues de no tomar acciones el mundo se deshumaniza paulatinamente. Tal es el caso de la mutilación genital de que son objeto mujeres y niñas la mayoría de las cuales se dice que viven en África, el Oriente Medio y Asia²⁰.

La mutilación genital femenina, también conocida como la *circuncisión femenina*, consiste en extirpar total o parcialmente el clítoris y otros órganos genitales. Su forma extrema, la infibulación, consiste en extirpar el clítoris y ambos labios y la sutura de la

¹⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor. *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1999; página 118.

¹⁹ www.unicef.org/spanish/policyanalysis/index.html.

²⁰ Según cifras del Fondo de Población de las Naciones Unidas, se calcula que son entre 85 y 114 millones de mujeres y niñas que en el mundo son objeto de este despreciable delito.

vulva, dejando solamente un pequeño orificio para permitir el paso de la orina y el flujo menstrual.

Esa mutilación de las niñas tiene importantes consecuencias a corto y largo plazos. Es extremadamente dolorosa y puede provocar infecciones y la muerte, así como dificultades en el parto y una mayor vulnerabilidad al VIH/SIDA. Esa práctica refleja el consenso social imperante de que es preciso preservar la virginidad de la niña y la mujer hasta el matrimonio y controlar su sexualidad. Los hombres en esas culturas suelen no casarse con niñas o mujeres que no hayan sido sometidas a la circuncisión, ya que las consideran *sucias y sexualmente indulgentes*²¹.

Y es con este referente que se están formando a las nuevas generaciones, por lo que deberá existir un cambio de mentalidad para dar cabida al respeto y la protección de los derechos humanos de todas las personas.

Las reformas recientes a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tienen el claro propósito de salvaguardar la protección y tutela de los derechos humanos reconocidos para todas las personas destacando a las mujeres, a la niñez, y a los adolescentes, de ahí que la ONU se congratulara de que el nuevo marco jurídico constitucional responde positivamente a los compromisos internacionales asumidos por México y que dentro de sus avances destaque la elevación a rango

constitucional de los derechos humanos reconocidos por México²².

III. PROPUESTAS

Realizar una lectura histórica de los derechos humanos de las mujeres, de la niñez y de los adolescentes a partir de la legislación internacional, plantea la posibilidad de que en un nivel aportativo se argumente lo siguiente:

- Reflexionar respecto al futuro deseable y posible de los derechos humanos de las mujeres, de los adolescentes y de la niñez a partir de la necesidad de un cambio en la mentalidad que implica modificar valores y patrones socioculturales arraigados históricamente en nuestra sociedad.
- Reorientar las políticas públicas que existen en materia de derechos humanos para las mujeres, la niñez y los adolescentes.
- Repensar las estrategias del Estado para el tratamiento de los asuntos públicos referidos a derechos humanos de esta trilogía.
- Impulsar el diseño de un modelo federal para tener directrices con una perspectiva integral e integrativa en materia de derechos humanos para dicha trilogía.
- Impulsar una cultura de derechos humanos para sensibilizar a la sociedad acerca

²¹ *Mujer 2000 igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el Siglo XXI*. Nueva York, 5 a 9 de junio de 2000. Nota informativa No. 4 basada en el documento “Examen y Evaluación de la aplicación de la Plataforma de Acción Beijing: Informe del Secretario General” (Cfr. www.un.org/spanish/conferences/Beijing/fs4.htm)

²² Cfr. Comunicado de Prensa de la ONU: “La ONU congratula a la Nación por la aprobación de la reforma constitucional que fortalece el respeto a los derechos humanos”.

de la participación intergeneracional en el tratamiento de los asuntos subyacentes a esta trilogía, en materia de derechos humanos.

IV. CONCLUSIONES

El mundo vive una nueva era denominada *del conocimiento* en la que las transformaciones se suceden vertiginosamente en todos los ámbitos y que, por tanto, impactan las formas de pensamiento y de vida de las sociedades.

Este nuevo contexto obliga a todos los países a buscar "formas válidas de adaptación" en las que los nuevos paradigmas a imperar tengan la capacidad de responder a la complejidad sociocultural.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos no puede ser ajena a esta realidad histórica y paradigmática, ya que constituye un parteaguas en el que México no sólo se ha visto impulsado por el reconocimiento internacional obtenido, sino también porque es una forma necesaria de avanzar hacia el fortalecimiento de su sistema jurídico de legalidad y de protección de garantías individuales y de derechos humanos. Se trata, en suma de un logro para el Estado y para la sociedad de nuevo siglo.

Es así que una lectura histórica de los derechos humanos de las mujeres, de los adolescentes y de la niñez a través de los más importantes tratados y convenciones internacionales da cuenta no sólo de la capacidad del Estado mexicano como gestor de los asuntos jurídicos en los que ve involucrada la tutela de los intereses de los mexicanos sino también de los intereses como nación legítimamente reconocidos en todo el orbe.

Sólo mediante una lectura histórica de la legislación internacional que legitima esos derechos humanos, es posible comprender los alcances de la reforma constitucional de junio de 2010 impulsada por México.

Es vital entender que vivimos en un sistema federal en el que las entidades federativas y los municipios deberán ser impulsores de esa reforma, buscando las adecuaciones pertinentes en sus respectivos sistemas de protección de derechos humanos.

También es vital entender que hace falta mucho por hacer en materia de derechos humanos de las mujeres, de los adolescentes y de la niñez, prueba de ello radica en el hecho de que se les considere como "grupos vulnerables de la sociedad". Por lo tanto hay que trabajar mucho para lograr un cambio que es intergeneracional, un cambio de patrones socioculturales, un cambio de mentalidad. Hay que sensibilizar a grandes sectores de la población porque el derecho debe ser un impulsor del cambio social. La reforma está en el papel pero hace falta traducirla a una realidad que plantea muchos retos en el que todos estamos involucrados.

V. BIBLIOHEMEROGRAFÍA

1. Carpio Marcos Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima. Pa-lestra Editores. 2004.
2. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Ratificada por México en 1990. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989. Entrada en vigor 2 de septiembre de 1990.
3. Ferrer Lues, Marcela. *Derechos Humanos en Población: Indicadores para un siste-*

- ma de monitoreo*. Nueva York. Naciones Unidas. (CELADE.CEPAL) 2007.
4. Fix-Zamudio, Héctor. *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 1999.
 5. Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Baptista Lucio, Pilar. *Metodología de la Investigación*. (Best Seller Internacional) México Mac Graw Hill Interamericana Editores, S.A. de C.V. 1998.
 6. Irigoyen Troconis, Martha Patricia. *La Mujer Romana a través de Fuentes Literarias y Jurídicas*. (cfr. www.bibliojuridica.org. Formato pdf)
 7. *Mujer 2000 igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI*. Nueva York, 5 a 9 de junio de 2000. Nota informativa número 4 basada en el documento "Examen y Evaluación de la aplicación de la plataforma de acción Beijing: Informe del Secretario General" (www.un.org/spanish/conferences/Beijing/fs4.htm).
 8. Nuria Costa Leonardo. *La incorporación de la cuestión de género en las políticas públicas de desarrollo rural en México*. Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura. Desarrollo Rural No. 2, 2005.
 9. Pedroza de la Llave Susana Thalía; García Huante Omar (compiladores) *Compi-*
lación de Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos firmados y ratificados. Tomos I y II. México. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003.
 10. Secretaría de Gobernación. Poder Ejecutivo Federal. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México. Diario Oficial de la Federación. 10 de junio de 2011.
 11. Stuart Mill. John. *The Subjection of Women*. Citado en página web de Wikipedia Enciclopedia Libre.
 12. UNICEF. *Los Derechos de la Infancia y de la Adolescencia en México. Una Agenda para el Presente*. (Cfr. en página web de la UNICEF).

INTERNET

1. www.unicef.org/spanish/policyanalysis/index.html.
2. [www.un.org/spanish/conferences/Beijing / fs4.htm](http://www.un.org/spanish/conferences/Beijing/fs4.htm))
3. www.ilo.org/public/spanish; página web de la OIT.
4. www.inegi.org.mx
5. www.cinu.org.mx/temas/mujer.htm
6. www.bibliojuridica.org/libros/4/1855/18

**DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES Y DE LA NIÑEZ EN EL
 CONTEXTO DE LA NUEVA REFORMA CONSTITUCIONAL.
 (Esquema de delimitación metodológica).**

<p>NUEVA ERA DEL CONOCIMIENTO</p> <p>CONTEXTO INTERNACIONAL</p>	<p>Reconocimiento de la ONU a México.</p>	<p>Derechos Humanos de las Mujeres y de la Niñez.</p> <p>Sistema de garantías para proteger los derechos humanos de las mujeres y de la niñez.</p> <p>Tratados jurídicos internacionales y Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.</p>
<p>Nuevas tecnologías de la información.</p>		<p>Reorientar políticas públicas en materia de derechos humanos para las mujeres y la niñez en México.</p>
<p>Elementos cuantitativos basados en indicadores.</p>	<p>Contexto histórico derechos humanos de las mujeres y de la niñez.</p>	<p>Generar nueva cultura en materia de derechos humanos para generar una sensibilización.</p>

DIRECTORIO

PRESIDENTE

Marco Antonio Morales Gómez

CONSEJEROS CIUDADANOS

María del Rosario Mejía Ayala

José Antonio Ortega Sánchez

Diana Mancilla Álvarez

Juan María Parent Jacquemin

Juliana Felipa Arias Calderón

SECRETARIA GENERAL

Rosa María Molina de Pardiñas

PRIMER VISITADOR GENERAL

Federico F. Armeaga Esquivel

DIRECTOR GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

Sergio Arturo Olguín del Mazo

CONTRALOR INTERNO

Juan Flores Becerril

VISITADOR GENERAL SEDE TOLUCA

Alejandro H. Barreto Estévez

VISITADOR GENERAL SEDE TLALNEPANTLA

Tiilcuetzpalin César Archundia Camacho

VISITADOR GENERAL SEDE CHALCO

Gregorio Matías Duarte Olivares

VISITADOR GENERAL SEDE NEZAHUALCÓYOTL

Leticia Orduña Santacruz

VISITADOR GENERAL SEDE ECATEPEC

Juan Manuel Torres Sánchez

SECRETARIA PARTICULAR DEL PRESIDENTE

María Remedios Monroy Cruz

JEFA DE LA UNIDAD DE COMUNICACIÓN SOCIAL

Sonia Silva Vega

DIRECTOR DE LA UNIDAD JURÍDICA Y CONSULTIVA

Miguel Angel Cruz Muciño

JEFE DE LA UNIDAD DE INFORMACIÓN

Y PLANEACIÓN ESTRATÉGICA

David Arias García

DIRECTORA DEL CENTRO DE ESTUDIOS

Luz María Hernández Becerril

DIRECTOR DE PROGRAMAS ESPECIALES

Victor Leopoldo Delgado Pérez