

Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización

Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz
y María Teresa Sierra
(coordinadores)

1



FLACSO
ECUADOR



CIESAS

323.11
5984

340.57

J888j Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización /
Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y María Teresa Sierra, (coordinadores). --
México : Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social:
Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador, 2011.
512 p. ; 23 cm. -- (Publicaciones de la Casa Chata)
Incluye bibliografías.

ISBN 978-9978-67-305-8 (Flacso-Ecuador)

ISBN 978-607-486-128-0 (CIESAS)

1. Derecho indígena - América Latina. 2. Antropología jurídica - América Latina.
3. Movimientos indígenas - América Latina. 4. Autonomía indígena - América
Latina. 5. Indigenismo - América Latina. I. Chenaut, Victoria, coord. II. Gómez,
Magdalena, coord. III. Sierra, María Teresa, coord. IV. Serie.

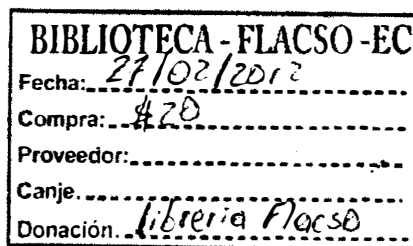
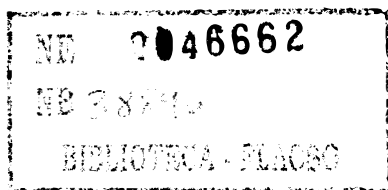
Cuidado de edición y corrección de estilo: Bulmaro Sánchez

Tipografía y formación: Laura Roldán Amaro

Diseño de portada: Gabriel Salazar con base en la fotografía de Alberto Patrian,

Cueva de las Manos, Río Pinturas, Santa Cruz, Argentina

Primera edición: 2011



D. R. © 2011 Facultad Latinoamericana
de Ciencias Sociales, Ecuador
La Pradera E7-174 y Av. Diego de Almagro
PBX (5932), 323888, Quito, Ecuador
falta página electrónica

D. R. © 2011 Centro de Investigaciones
y Estudios Superiores en Antropología Social
Juárez 87, Col. Tlalpan,
C. P. 14000, México, D. F.
difusion@ciesas.edu.mx

ISBN 978-9978-67-305-8

ISBN 978-607-486-128-0

Impreso y hecho en Ecuador

Índice

Agradecimientos 13

Introducción 15

Sección I: Globalización y pueblos indígenas

Diez tesis sobre identidad, diversidad y globalización 37

Héctor Díaz-Polanco

Expropiación liberal. Un ensayo sobre la transformación de recursos locales
en mercancías globales 63

René Kuppe

Pueblos indígenas y negros. Territorios y recursos naturales en América Latina 85

Willem Assies †

Política hidrocarburífera y los derechos indígenas en Bolivia: cambios y continuidades .. 105

Almut Schilling-Vacaflor

En busca del sujeto perdido: los pueblos indígenas bajo el signo de la privatización 129

Magdalena Gómez Rivera

Sección II: Diversidad social y políticas de reconocimiento

Las acciones afirmativas en Brasil 153

Rebecca Igreja

Luchas por el reconocimiento y nuevas geografías étnicas
en los Altos de Chiapas. El caso de La Siberia en el municipio de Chanal 177

Araceli Burguete Cal y Mayor

Los derechos colectivos frente al debate constitucional: los pueblos indígenas y la Asamblea Constituyente en Bolivia	199
<i>Sarela Paz Patiño</i>	

La participación política del movimiento indígena ecuatoriano: balance crítico (1990-2007)	219
<i>Fernando García Serrano</i>	

El derecho a la diferencia en la Constitución argentina de 1994. Hacia un nuevo paradigma jurídico antropológico	237
<i>Susana Ramella</i>	

Sección III: Justicia, género y derechos humanos

Derechos humanos, género y nuevos movimientos sociales: debates contemporáneos en antropología jurídica	261
<i>Sally Engle Merry</i>	

Transnacionalización, derechos humanos y mujeres mapuche	291
<i>Millaray Painemal y Patricia Richards</i>	

Etnografía de la justicia estatal: la violación como prisma de las relaciones de género	313
<i>Rossana Barragán y Carmen Soliz</i>	

Violencia y delitos sexuales entre los totonacas de Veracruz, México	335
<i>Victoria Chenaut</i>	

Que cada pueblo teja los hilos de su historia. El pluralismo jurídico en diálogo didáctico con legisladores	357
<i>Rita Laura Segato</i>	

Sección IV: Pluralismo jurídico, justicia y disputa por los derechos

Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento	385
<i>María Teresa Sierra</i>	

Justicias orales indígenas y sus tensiones con la ley escrita	407
<i>Herinaldy Gómez Valencia</i>	
¿Y después de la ley, sigue el derecho? Avances y retrocesos en la conformación del México plural	427
<i>Héctor Ortiz Elizondo</i>	
Los juzgados indígenas en el sur de México	443
<i>Wolfgang Gabbert</i>	
Justicia, dignidad y derechos colectivos. Acompañando a las comunidades y a la Alcaldía Indígena de Chichicastenango	465
<i>Morna Macleod y Josefa Xiloj T'ol</i>	
El Juzgado Indígena de Huehuetla, Sierra Norte de Puebla: construyendo la totonaqueidad en el contexto del multiculturalismo mexicano	487
<i>Korinta Maldonado Goti</i>	
Biografías	507

¿Y después de la ley, sigue el derecho? Avances y retrocesos en la conformación del México plural

Héctor Ortiz Elizondo

INTRODUCCIÓN

Después de un ríspido debate entre las fuerzas políticas nacionales, suscitado sobre todo como consecuencia del levantamiento indígena armado en el estado de Chiapas al sur de la República Mexicana, en agosto del 2001 se realizó una reforma a la Constitución mexicana que, entre otros efectos, modificaba el contenido del artículo 2° para insertar un apartado dedicado a los pueblos indígenas. Esto generó un amplio rechazo de los sectores sociales directamente interesados: los pueblos indígenas, por la reticencia del Poder Legislativo a asumir con todas sus implicaciones la existencia de un Estado mexicano plural y multicultural. Sin embargo, una vez asentados los polvos del debate sobre las ausencias, candados y limitaciones de la reforma aprobada, la ley resultante generó también interrogantes sobre los efectos políticos y sociales que pueden tener esos fragmentos de los Acuerdos de San Andrés que sí lograron llegar hasta la Constitución mexicana y que habrán de dar forma a la idea que nos hacemos de nuestros derechos. Incluso para algunos especialistas, que no desconocen los límites de la reforma, la ley resultante puede al menos ser vista como una “razonable plataforma de discusión” (Carbonell, 2002: 13) o un “punto de partida” (Fix-Fierro, 2001). Aun si se está en desacuerdo con estas visiones, es inevitable preguntarnos: ¿qué efectos tendrán las normas plasmadas en el artículo 2° de la Constitución mexicana en la construcción de la nación?

Formular la pregunta no significa negar los derechos ausentes que pueden aún leerse entre líneas en el texto finalmente incorporado ni aprobar los candados que se insertaron por la desconfianza que los legisladores de todos los partidos mostraron frente a los pueblos indígenas. Reconocemos que, de manera semejante a lo ya ocurrido en los debates que se dieron a comienzos de los años noventa con la inserción de un párrafo al artículo 4° (después derogado), el Poder Legislativo se abocó a desactivar los aspectos clave de la iniciativa encaminados al pleno reconocimiento de derechos políticos para los pueblos indígenas, para dejar inserto en el artículo 2° aprobado algo que parecía ser más un programa sexenal para el desarrollo de sectores marginados que la expresión de verdaderas garantías (Carbonell, 2002a: 29).

Desde antes de aprobarse la iniciativa y después de consolidada la reforma, muchos analistas y líderes indígenas¹ han venido señalando las limitaciones y problemas que presenta esta ley, desde los de técnica jurídica hasta los de faltas a la moral. Entre los críticos a la ley se observa un claro consenso desaprobatorio, a pesar de algunas divergencias en cuanto al énfasis o al grado. Un buen resumen de los problemas más conocidos sale de la pluma de Héctor Díaz-Polanco:

La autonomía aprobada reduce ésta al ámbito comunal y, además, niega a las comunidades el carácter de entidades de derecho público; remite a las constituciones y leyes locales el “reconocimiento” de los pueblos y comunidades indígenas, así como la facultad de establecer “las características” de libre determinación y autonomía, lo que contradice el principio general del artículo 2º sobre la composición pluricultural de la nación; anula la relevancia nacional de los derechos y somete su observación a los avatares políticos de las entidades federativas [...]; restringe la aplicación de los sistemas normativos internos y las “prácticas jurídicas” de los pueblos, que pasan a ser “costumbres”; elimina el acceso colectivo al uso y disfrute de los recursos naturales en los territorios, al tiempo que pone nuevas trabas y apuntala las reformas en materia agraria impuestas en 1992 por el gobierno priista [...]; suprime la “participación ciudadana” en los municipios, al tiempo que deja fuera todo el sustento [...] para el ejercicio de la libre determinación en “cada uno de los ámbitos y niveles en que hagan valer su autonomía” los pueblos. (Díaz-Polanco, 2004: 338-339)

Fue sin duda un momento histórico clave, en el que correspondía dar un giro a la identidad de la nación mexicana. No ocurrió así porque el Poder Legislativo no supo estar a la altura del papel histórico que le correspondía desempeñar. Desde entonces, las críticas a la propuesta de reforma hechas por intelectuales y líderes indígenas se transformaron en demandas para que se realice una nueva reforma. Éste es ahora un objetivo fundamental para llevar a cabo la transformación que requiere el México de hoy. Sin embargo, no podemos olvidar que las ruedas de la ley siguen girando, pues no se detienen en el proceso legislativo ni son sucedidas sólo por la aplicación de la ley. Si bien de manera diferente, el Poder Judicial juega ahora un papel importante en la definición del carácter plural de la nación y del lugar que en ella habrán de ocupar los pueblos indígenas, al menos en la medida en la que, por medio de la jurisprudencia, se puede dar contenido sustancial a la terminología usada en la Constitución, cuyo sentido no es siempre evidente.

¹ La posición de los mismos afectados por voz del Congreso Nacional Indígena se puede consultar en <<http://www.nodo50.org/pchiapas/mexico/noticias/cni-h.htm>>.

LA JUDICIALIZACIÓN

Esta acción de “traspasar” el cambio social desde la arena política al campo legal supone buscar soluciones a problemas políticos con las herramientas que proporciona el aparato judicial. Este procedimiento, llamado de judicialización de la política, se ha venido fortaleciendo en toda América Latina desde los años noventa, con distintos resultados e intensidades (Sieder, Schjolden y Angell, 2008). La judicialización implica que el poder judicial tome un papel más activo en la conformación de la nación. Podemos tomar como ejemplo tres casos latinoamericanos en los que la participación del Poder Judicial ha llevado hasta la definición de los derechos de los pueblos indígenas por la vía de la jurisprudencia.

Después del establecimiento de la nueva Constitución Colombiana de 1991, donde se reconoce entre otros el derecho al autogobierno de los pueblos indígenas, el papel de la Corte Constitucional de Colombia ha hecho avanzar por la vía de la jurisprudencia la puesta en práctica de la legislación colombiana que concierne a pueblos indígenas. Muy pronto después de su establecimiento, la Corte Constitucional comenzó a debatir la interpretación de sus preceptos a través del mecanismo de tutela (amparo), desde la sentencia T-428 de 1992 que discute el concepto de bien común en relación con los intereses particulares de los pueblos indígenas, o la sentencia T-380 de 1993 que esclarece el derecho indígena a la explotación de los recursos naturales (Sánchez Botero, 1998: 251 y ss.). Particularmente relevantes resultan los efectos de la jurisprudencia en la definición de los alcances de la jurisdicción especial indígena (Gaviria, 1997: 159-173), que es la condición de existencia de la autodeterminación y autonomía indígenas.

De manera semejante, aunque en sentido contrario, instancias como el Tribunal Constitucional de Bolivia han emitido una serie de sentencias que, como veremos en el caso mexicano, tienden a favorecer la injerencia del derecho del Estado sobre el fortalecimiento de la jurisdicción indígena (Chivi Vargas, 2006: 45-71), con todo y que desde 2002 la Constitución de Bolivia reconocía “funciones de administración y aplicación de normas propias” a las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas.² El caso de Panamá es notable, pues a pesar de no contar con un marco constitucional de reconocimiento a la pluralidad étnica o cultural y no haber ratificado el Convenio 169 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), ha desarrollado por vía de legislación secundaria un reconocimiento a las comarcas indígenas como divisiones políticas independientes y autónomas en las que la autoridad

² La nueva Constitución de febrero de 2009 representa un nuevo reto para el Poder Judicial que vale la pena seguir de cerca.

máxima es el Congreso General Indígena (Valiente, 2008: 209). De hecho, es en el Nuevo Código Procesal Penal de 2008 y no en la Constitución donde se otorga competencia a las autoridades tradicionales indígenas (Valiente, 2008: 224).

Ahora bien, y regresando al caso mexicano, la primera participación de la SCJN (Suprema Corte de Justicia de la Nación) en la construcción de la pluralidad culminó el 6 de septiembre de 2002, cuando la SCJN determinó sobreseer la controversia constitucional 82/2001 presentada por el Ayuntamiento de San Pedro Quiatoni, Oaxaca (a nombre de alrededor de trescientas comunidades indígenas), por medio de la cual se trató de impugnar la reforma constitucional. Mediante dicha sentencia se decretó, en síntesis, que el órgano reformador de la Constitución no puede ser parte de una controversia constitucional y que el artículo 135 constitucional indica que el procedimiento de reformas y adiciones a la ley suprema no es susceptible de control jurisdiccional.

En las líneas que siguen quisiera resaltar uno de los aspectos que me parece fundamental en este debate jurídico en favor de la formación de una nación plural: el reconocimiento de ámbitos de autodeterminación para los pueblos indígenas, expresado en el ejercicio de una jurisdicción propia. Se debe entender que el autogobierno se puede ejercer en ámbitos económicos, sociales, políticos y jurídicos, en todos ellos o bien en algunos de éstos o en uno solo. También en este tema ha corrido tinta de mano de destacados analistas y de ellos me nutro. Pero mi interés se centra en las posibilidades de entender los significados plasmados en la Carta Magna en torno al reconocimiento de sistemas normativos propios de los pueblos indígenas y su relación con la autodeterminación en la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El reconocimiento Independientemente de los demás ámbitos que toca, el artículo 2º de la Constitución mexicana relaciona el derecho a la autonomía con los sistemas normativos, al afirmar:

- A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:
- II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos.

Durante el debate en torno a la iniciativa de ley se señaló que este precepto limitaba el ámbito de aplicación de la autonomía, porque el sujeto no es el pueblo indígena sino las comunidades y eso sólo como entidades de interés público y como parte dependiente de la estructura municipal (López y Rivas, 1998: 159). No obstante, una simple lectura exegética del párrafo aprobado —basada en el contenido literal del

texto, con el supuesto de que la Corte no hace más que explicarlo— supone el reconocimiento del derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a aplicar sus propios sistemas normativos. En el mismo párrafo se añade más adelante que “la ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”. Si bien no se aclara cual será “la ley” que establezca dichos casos y procedimientos, sí implica la obligación de que jueces y tribunales establezcan mecanismos basados en el reconocimiento.

En este punto también se había advertido que el texto se separaba del párrafo original plasmado en los Acuerdos de San Andrés, en el cual se afirmaba que “sus procedimientos, juicios y decisiones serían convalidados”, mientras que la iniciativa cambiaba el término por “convalidables” (López y Rivas, 1998; López Bárcenas, 1998: 131). El documento finalmente aprobado cambió la redacción por “los casos y procedimientos de validación”, que de todas formas condiciona la convalidación a criterios que no están previamente determinados. Es esta indeterminación la que obliga a esperar que se consolide la interpretación de la norma por la vía de la jurisprudencia. Nada extraño en muchos sistemas de derecho, pero algo difícil de lograr en el sistema mexicano.

Ahora bien, las posibilidades de que la SCJN profundice el alcance de la norma constitucional por vía de la jurisprudencia dependerán de la manera en que entiende y define su papel. En nuestro caso, y considerando los antecedentes del papel asumido por la SCJN en la judicialización de la política nacional, se puede ver que la tradición jurídica mexicana suele ceñirse a una lectura del texto normativo de tipo exegético, es decir, que la “lectura” de un texto legal por parte de la SCJN se entiende como la explicación de la verdadera intención del legislador y no como una interpretación del sentido último del texto y del derecho que se pretende proteger.³ Esta última es la técnica interpretativa que podemos llamar “enfoque hermenéutico” del derecho,⁴ por medio del cual se aspira a imponer aquella interpretación que mejor proteja los

³ El magistrado colombiano Carlos Gaviria plantea este problema de manera elocuente: “no digo simplemente lo que el constituyente colombiano quiso, sino lo que la Constitución quiere, porque los textos de todas maneras rebasan el conocimiento y la voluntad del autor y por tanto la interpretación de la norma constitucional va mucho más allá de lo que el constituyente quiso plasmar” (Gaviria, 1997: 165).

⁴ Aunque supone un enfoque más conceptual, me parece equivalente la posición que retoma Ansolabehere, quien clasifica a la primera de estas tradiciones como “legalista”, por “sustancializar” la ley y admitir una “interpretación textual de ella” que “subordina los derechos a la ley” y a la segunda como “garantista”, en la que la justicia “deja de ser sinónimo de aplicación de la ley” y pasa a ser “producto de la interpretación argumentativa del derecho” (Ansolabehere, 2008).

derechos de los sujetos beneficiados.⁵ En el fondo, esto debería significar que la “verdadera intensión” del legislador puede ser superada por la Corte cuando ésta se desprende del modelo de legislador negativo (Ramos Tavares, 2008). Como pretendo ejemplificar, es esta diferencia en la forma de entender el papel de la Suprema Corte como garante de la Constitución la que habrá de impedir que el espíritu de los Acuerdos de San Andrés sobreviva a los candados de la legislatura.

LOS CRITERIOS

Algunos estudios sociopolíticos sobre el funcionamiento del Poder Judicial sugieren la necesidad de considerar el peso del contexto histórico, político y social en el que se pronuncia un fallo judicial, y las formas en que estos elementos habrán de afectar la toma de decisiones de ministros y magistrados en temas controversiales (Ansolabehere, 2006). En casos de gran relevancia política, como sin duda lo fueron las controversias constitucionales presentadas para frenar la reforma constitucional de agosto de 2001,⁶ las sentencias pueden tener un sesgo político más allá de una presunta aplicación desinteresada de la letra de la ley. De hecho, al menos hasta las reformas al Poder Judicial de 1994, la tradición judicial mexicana ha sido la de mantener un papel subordinado y complaciente ante el Ejecutivo (Domingo, 2007: 49), una característica del sistema mexicano que permite explicar las múltiples reformas a la Constitución nacional. Si se considera esta forma de politización de la justicia, bien hará el científico social en tratar de explicar el resultado de la sentencia con base en el ambiente sociopolítico inmediato, dejando a un lado la lógica argumental propiamente dicha, como correspondería hacer tomando como punto de partida un enfoque de tipo hermenéutico.

No obstante, resulta más difícil sopesar las influencias que pueden afectar una decisión en casos con poca trascendencia sociopolítica —la mayoría, por cierto— o que afectan a sujetos aislados sin resonancia mediática. Es razonable suponer que serán menores, aunque en aquellos que afectan a indígenas o a mujeres se debe evaluar el

⁵ Es esto lo que hace novedosa la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, pues en su artículo 6 condiciona la interpretación de la norma a la “armonización con la legislación internacional” y en el artículo 7 a que el texto sea interpretado de manera “que proteja con mayor eficacia a las personas”.

⁶ El carácter eminentemente político de las controversias y de su resolución jurisdiccional resulta evidente por el hecho de que la SCJN decidiera resolverlas por la vía del albazo, en día y hora en que no suele haber sesión del Pleno (Carbonell, 2002b).

peso de otros elementos, como los culturales, que inciden en las decisiones judiciales independientemente de su relevancia política. En todo caso, una sentencia que en sus resultados inmediatos sólo afecta a un individuo y a su contexto familiar puede sin embargo estar sentando precedentes para la interpretación de partes clave de ordenamientos cuya importancia puede ser más amplia, como ocurre con los que regulan la llamada “Ley Indígena”. El nivel de relevancia sociopolítica, entonces, llega a ser opaco tanto para el jurista como para el científico social porque sus efectos pueden ser a corto, mediano o largo plazo.

No he dicho que los juristas o los magistrados no entiendan la relevancia legal de la jurisprudencia, al contrario. Pero sí creo que el impacto social de una interpretación puede ser más claro a largo plazo que a corto para todos, por lo que su interpretación estará menos sujeta a error de parte del historiador que del magistrado. El derecho crea y modifica realidades sociales y éstas no se limitan a las intencionalmente buscadas ni por el legislador ni por los intérpretes de la norma, por lo cual entenderlas dependerá en buena medida de los efectos que generan. Por lo mismo, y con independencia de los sesgos reales y potenciales, podemos aceptar que no todas las decisiones judiciales están influenciadas por el contexto sociopolítico, o al menos que no todas son determinadas por él; o en última instancia, que un análisis que no lo considere, no necesariamente lo niega. Si se acepta esta premisa, entonces podemos aseverar que una sentencia judicial, en la medida en que sea vista como un argumento lógico, es susceptible de ser analizada de forma independiente considerando sólo los principios axiológicos que rigen la resolución. Para esto es indispensable asumir que toda sentencia debe cumplir al menos con dos criterios: ser consistente internamente y coherente con el objetivo buscado. Además, existen como mínimo dos líneas hermenéuticas que habrán de transitar los argumentos: la legalista y la racional. La primera corresponde al caso de las controversias constitucionales, lo que permitió eliminar una discusión de fondo. La segunda es la seguida en este caso por Juan N. Silva Meza, la cual nos permite analizar sus argumentos lógicamente.

EL CONTEXTO

Las tesis aisladas, si bien menospreciadas por no ser de obligatoria observancia, no dejan de tener relevancia analítica porque ahí se observan los parámetros que guían el razonamiento de los magistrados. Por eso creo que es particularmente importante para la construcción de un sistema legal plural la tesis derivada del amparo directo 1767/2002, interpuesto contra la sentencia definitiva del 15 de febrero de 2002,

dictada por la Tercera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia en el Distrito Federal.⁷ En él, la recurrente menciona como reclamados los artículos 72, 165 bis, 171, 183, 269, fracción IV, 285, 285 bis, 290, 296 bis, 314 y 426, todos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como los numerales 293, 298 y 315 del Código Penal para la propia entidad federativa (abrogado), que según su dicho vulneran las garantías de los indígenas consagradas en la Constitución mexicana.⁸

En dicha sentencia una migrante mazateca reclama la protección de la justicia federal contra la ratificación en apelación de una sentencia dictada en su contra por el delito de lesiones “que dejan cicatriz permanente en la cara” y por medio de la cual le impusieron la pena de siete años de prisión. En lo concerniente, la quejosa argumenta que la legislación penal del Distrito Federal no podía ser aplicada de igual manera a la población general que a los indígenas, pues de hacerlo se vulneraría lo establecido en la Constitución de la República. Al contestar, la SCJN analiza lo estipulado por los códigos penales del Distrito Federal, además de abordar problemas interrelacionados, como, por ejemplo, la diferencia entre leyes privativas y leyes especiales, el error invencible y los alcances de la aseveración sobre “tomar en cuenta los usos y costumbres”. Todos estos aspectos nodales para el reconocimiento de un ámbito normado por una jurisdicción indígena.

Antes de continuar, quisiera tratar un problema que me ha sido señalado. ¿Es necesario entrar en los detalles del caso mismo para poder analizar la argumentación del magistrado? ¿Revisar las pruebas en su contra? ¿Conocer si la defensa fue bien llevada? Éstos y los demás aspectos relativos a la responsabilidad y las condiciones de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el delito están relacionados con la construcción de la verdad fáctica (¿qué sucedió?) y, por lo mismo, se abordan en la primera y segunda instancias de un caso penal. De hecho, la no puede entrar al estudio de la verdad fáctica, sino que debe ceñirse al análisis de la verdad hermenéutica (¿cómo entender lo que pasó?). La revisión de la Suprema Corte debe abocarse a determinar si la sentencia es coherente con la Constitución y consistente con los objetivos del derecho.

Lo que interesa hacer en este ensayo no es demostrar que se ha cometido una injusticia, ni siquiera hablar a favor de la acusada. Se busca entender el proceso lógico de construcción de la verdad hermenéutica revisando la argumentación con que la SCJN resuelve el amparo interpuesto contra la sentencia. Esto en particular, porque lo que está a debate es la jurisdicción y competencia del caso, tomando en cuenta que la Ley

⁷ Novena época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su *Gaceta*, tomo XVIII, agosto de 2003, tesis 1ª XXVIII, p. 228.

⁸ Por la fecha de inicio del juicio de amparo, la recurrente refiere al artículo 4º, si bien el ponente responde a lo contenido en el artículo 2º.

Indígena menciona la existencia de una instancia normativa propia de las comunidades indígenas encargada de solucionar conflictos a la cual pudiera haberse remitido el mismo. Centrémonos pues en el debate sobre el significado del artículo 2º.

LA ARGUMENTACIÓN

Para centrar su argumentación en las disposiciones relevantes, el ministro ponente cita las fracciones I y II del artículo 2º en lo que corresponde al derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y la autonomía, en particular, a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos. Para el ministro ponente, el fondo del asunto que deberá resolver se sintetiza en tres preguntas, de las cuales abordaré únicamente la que atañe al reconocimiento de los sistemas normativos indígenas, que a la letra dice:

- a) Si los preceptos legales tildados de inconstitucionales regulan conductas que dan lugar a conflictos que deben ser resueltos conforme a los propios sistemas normativos de solución interna de los pueblos o comunidades indígenas, o por el contrario, se trata de conductas que son atribuibles a todas las personas imputables, incluidos los indígenas.

Este punto es el que aborda el problema del pluralismo jurídico y por ende su solución afecta las posibilidades de que a los pueblos indígenas se les reconozca en los hechos un ámbito territorial propio dentro del cual puedan ejercer jurisdicción o una serie de materias sobre las que se les reconozca competencia.⁹ Una tercera opción, que algunos desprenden del Convenio 169 de la OIT, es que la competencia se restrinja además a que el conflicto juzgado recaiga en indígenas o en sujetos miembros de la misma comunidad indígena.¹⁰

Ahora bien, tal como está planteado por el ministro, el argumento contiene una premisa que no es explícita y, por ende, no se demuestra que sea verdadera, lo que deriva en inconsistencia en los argumentos posteriores. Esto es, el ministro ponente presupone en su pregunta que la normatividad constitucional limita el ámbito de aplicación de los sistemas normativos indígenas a aquellos conflictos que sólo son imputables a los indígenas. No que caigan en su jurisdicción y competencia, no que

⁹ Como ocurre, por ejemplo, en los modelos normativos de Colombia, Bolivia y Nicaragua.

¹⁰ Éste es un requisito de la normatividad aplicable a indígenas en la legislación norteamericana y con restricciones en los otros modelos.

ocurran entre indígenas, sino que sean propios de indígenas. Ésta era parte de la *litis* y por ende de la interpretación, por lo que no podía ser parte de las premisas. Por eso no sorprende que el ministro ponente concluya que los dispositivos legales del código penal en comento:

no regulan una conducta que dé lugar a conflictos que deban ser resueltos conforme a los sistemas normativos de regulación interna de los pueblos o comunidades indígenas, ya que prevén el delito de lesiones que ponen en peligro la vida, figura delictiva que es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas y extranjeros, sin importar sus usos y costumbres.

Lo anterior es así, pues prevén la figura del delito de lesiones calificadas, para proteger el bien jurídico consistente en la integridad física de las personas, es evidente que su transgresión es reprochable a todos los individuos con capacidad de comprensión y decisión, incluidos los indígenas, pues sería absurdo considerar que el hecho de inferir lesiones a sus semejantes forme parte de sus usos y costumbres; y por el contrario, por la gravedad de la conducta mencionada, ésta debe inhibirse con la aplicación de la pena correspondiente a toda persona que la cometa, incluidos los indígenas.

El silogismo esgrimido implica que: si *A* es un delito y *X* lo comete, entonces *X* es punible. Se oculta así que *A* es un delito sólo por su pertenencia al conjunto de normas de un sistema específico que define esa acción como delito¹¹ y que aun cuando *A* y *A'* sean actos iguales y ambos sean delito pueden ser justiciables en dos sistemas normativos distintos. Si el Estado mexicano ha reconocido un sistema normativo interno distinto al suyo —como hace con los de otros países—¹² debe también reconocer la capacidad del mismo de definir los conflictos que le son socialmente relevantes, iguales o diferentes a los propios.

●tra premisa necesaria para que este planteamiento sea verdadero es que “todos [los *X*] son iguales ante la ley”, una afirmación que se ve condicionada por la existencia de un artículo de la Constitución mexicana dedicado a sujetos cuya especificidad se reconoce al punto de otorgarles derecho a la autodeterminación. Así es que incluso en

¹¹ “Una sanción organizada en la sociedad y por ella, es un acto coercitivo dirigido por un individuo determinado por el ordenamiento, de manera definida por éste, contra otro individuo responsable de una conducta contraria a la norma. Esta conducta es un delito” (Kelsen, 1983: 32).

¹² Si bien muchos de los planteamientos de Kelsen sobre el derecho en las sociedades tribales han quedado superados, vale la pena revisar las similitudes que encuentra con el derecho internacional (Kelsen, 1983: 63 y ss.).

el caso de que la premisa se mantenga, debe ser armonizada con la existencia de “sistemas normativos de regulación de conducta interna de los pueblos o comunidades indígenas”, como bien señala el juzgador, con base en los cuales esa conducta deba ser juzgada a exclusión de otros sistemas como el de la justicia ordinaria¹³ o bien cuyos mecanismos de resolución de conflictos deban ser considerados como primera instancia necesaria si existiera alguna forma de articulación con los del Estado que así lo permitieran.

En estricto sentido, al mencionar que “el delito de lesiones [...] es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas”, el ministro ponente no hace la distinción de que un delito, sin dejar de serlo, puede ser justiciable en una jurisdicción diferente, como la que él mismo menciona porque la Constitución la reconoce. Tampoco se considera, claro está, que si se tomaran en cuenta los usos y costumbres o las normas que sustentan ese sistema, entonces la sanción pudiera ser diferente a la pena privativa de la libertad, como además exige el artículo 10 del Convenio 169 de la OIT, o implicar una sanción menor o mayor, como de hecho ocurre entre jurisdicciones de los Estados.

Luego entonces, el ministro ponente reconoce la existencia de un ámbito de jurisdicción en el que se aplicarían esos sistemas normativos, pero da por sentado que eso no incluye ni a sus autoridades ni sus procedimientos, sino sólo normas que regulan aquellas “conductas que den lugar a conflictos” pero que son reprochables exclusivamente a los mismos miembros de la comunidad indígena. En estricto sentido esto reduce la competencia a conflictos por brujería porque, a la letra de la ley, el robo de una gallina “es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas”.

En otras palabras, a pesar de que el ministro ponente reconoce retóricamente la existencia constitucional de los sistemas normativos indígenas, su interpretación de este hecho no da pie a la existencia de “conflictos que deban ser resueltos conforme a los sistemas normativos de regulación interna de los pueblos o comunidades indígenas”, como interpreta el ministro, en su sentencia, el párrafo II del artículo 2° constitucional. Para que se pueda determinar el tipo de delitos susceptibles de ser resueltos por las comunidades indígenas, la SCJN debe asumir una función aditiva y responder en positivo, por vía de jurisprudencia, a la pregunta sobre cuáles son los conflictos que

¹³ Un caso importante a este respecto en la legislación estadounidense es *USA v. Lara* (541 US, 2004), donde se discute el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo delito, que en Estados Unidos se conoce como *double jeopardy clause*. En dicha sentencia la Suprema Corte norteamericana reconoce el derecho del tribunal indígena a juzgar a uno de sus miembros bajo la jurisdicción indígena de forma independiente al poder federal con base en su condición de autogobierno.

sí se resuelven conforme a esos sistemas.¹⁴ En su lugar, pudiera tal vez explicar por qué éste es un caso particular de delito que no debe caer en el ámbito de regulación interna de las comunidades indígenas.¹⁵ La única respuesta que genera un vacío de legitimidad es interpretar que el conjunto de conflictos que corresponde resolver a los sistemas normativos indígenas sólo incluye lo que no ha sido considerado por el sistema de derecho del Estado; es decir, un conjunto vacío.

La aparente respuesta sobre que “sería absurdo considerar que el hecho de inferir lesiones a sus semejantes forme parte de sus usos y costumbres” es también un argumento incoherente con el objetivo, porque no está planteado en la legislación que una vez demostrado que una conducta está basada en usos y costumbres ésta será no punible. De hecho, las múltiples menciones a los derechos de la mujer en el citado artículo 2º (algo inédito en cualquier otra parte de la Constitución) están a todas luces encaminadas a desechar cualquier posible interpretación en este sentido.¹⁶ Lo que la legislación exige del juzgador es que determine si inferir lesiones es una conducta que cae en el ámbito de regulación interna de los pueblos y comunidades indígenas o si para castigarla deben tomarse en cuenta sus usos y costumbres. Como no es esto lo que se esfuerza en responder el magistrado, no logra llegar al fondo de la *litis*. Si ésta es la vía argumental que habrán de seguir las subsiguientes sentencias de la Corte en la que se interprete el contenido del artículo 2º constitucional, los sistemas normativos de los pueblos indígenas continuarán irremediablemente existiendo como un conjunto vacío.

LAS ALTERNATIVAS

Ninguna propuesta de articulación de los sistemas normativos indígenas con el sistema nacional hegemónico puede escapar a la determinación de un ámbito de jurisdicción y competencia en cualquiera de sus variantes: sobre un espacio territorial concreto, sobre una serie determinada de materias o sobre sujetos específicos. De otro modo no

¹⁴ Nuevamente, en palabras de Gaviria: “se afirmó que el principio que debía guiar la actividad del intérprete [...] era éste: la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización de los límites” (Gaviria, 1997: 166).

¹⁵ Como pudiera argumentar la Corte de Brasil si quisiera dejar los derechos de los niños fuera de la jurisdicción de las comunidades indígenas en el caso expuesto por Segato en este mismo volumen.

¹⁶ En este punto destaca el caso panameño, donde la Ley 38 de 2001 faculta a las autoridades tradicionales indígenas a establecer medidas de protección a favor de las víctimas de violencia doméstica (Valiente, 2008: 220-222).

será posible que los pueblos indígenas puedan aplicar una normatividad propia o procedimientos de resolución de conflictos al interior de sus comunidades. Las ofertas pretendidamente bondadosas de incorporar las “normas” indígenas a los códigos generales no son respuestas articuladoras entre sistemas, sino formas integracionistas que no pretenden llevar a otra parte que a la desaparición de los sistemas normativos indígenas. En todo caso, el control de las normas quedaría en manos del Estado, por lo que sería imposible hablar de autonomía y el artículo 2º delatara su intención simbólica. En el peor de los escenarios, tendría mayor alcance para una concepción de autodeterminación incorporar los procedimientos indígenas de resolución de conflictos, que es la parte inseparable del sistema.

Ahora bien, establecer los mecanismos y la estructura propia de la articulación entre sistemas normativos ha sido el factor que mayores dificultades ha enfrentado para lograr el pleno reconocimiento de derechos para los pueblos indígenas dentro de un sistema plural. No obstante, sí se ha avanzado en esbozar algunas soluciones al problema gracias a las propuestas hechas por los mismos pueblos indígenas y por algunos académicos que han estudiado las posibles salidas al problema. La respuesta requiere de analizar las diferentes soluciones encontradas en otras naciones y adaptarlas al contexto mexicano, considerando la rigidez estructural del sistema judicial hegemónico.

Algunos elementos que deben ser tomados en cuenta para avanzar en el modelo que nos corresponde instrumentar han sido señalados por Magdalena Gómez (2002: 260-262), y representan un avance considerable en cuanto a la elaboración de salidas concretas. En resumen, Gómez coincide en la necesidad de establecer una jurisdicción indígena y plantea como necesarios los siguientes elementos:

1. Comunidades que acrediten a sus autoridades ante las autoridades municipales y judiciales correspondientes.
2. Un ámbito espacial y material de competencia.
3. Opción de jurisdicción tanto para los demandantes de justicia como para los imputados de la misma.
4. Nivel de primera instancia y presunción de cosa juzgada si no hay apelación.
5. En caso de apelación la declaración de las autoridades deberá tener carácter de informe justificado.
6. Límites a la acción de las autoridades indígenas en conflictos que impliquen delitos graves.
7. Jurados colegiados en conflictos que involucren a miembros de dos o más comunidades.

8. Obligación de respetar la instancia comunitaria cuando un caso se presente ante un tribunal externo sin haberla agotado.
9. Delegación de competencia a favor de la comunidad por parte de las autoridades externas.
10. Recurso de revisión para las autoridades comunitarias frente a la instancia superior que hubiese desechado una resolución suya.

Parece difícil alcanzar una situación en la que se cumplan todos los requisitos señalados por Magdalena Gómez para contar con una verdadera articulación entre los sistemas normativos indígenas y el sistema judicial nacional hegemónico. Se requiere voluntad política sin duda, pero también condiciones estructurales que hagan posible la refundación conceptual del Poder Judicial. Como sabemos por la reforma de agosto de 2001, esto implica también un cambio en la correlación de fuerzas que incline la balanza a favor de los pueblos indígenas o que al menos deje de inclinarla en su contra. Antes de que eso ocurra quizá podamos ver avances en las formas de articulación de las actuales estructuras de jueces indígenas que ya reconocen algunas Constituciones estatales, pero es seguro que los avances no se darán por graciosas concesiones.

CONCLUSIONES

El debate sobre los contenidos de las leyes que regulan la relación del Estado mexicano con los pueblos indígenas continúa, a pesar de haber culminado ya la reforma constitucional. La Suprema Corte de Justicia puede asumir un papel relevante, menos mediático que el que tuvo el Poder Legislativo en su momento, pero uno que todavía está a tiempo de cumplir con mayor decoro. Es claro que si la Corte se restringe nuevamente a caminar la senda conocida, la de la tradición judicial decimonónica del legislador negativo, perderá otra oportunidad de ocupar un lugar digno entre los Poderes de la Unión. Este objetivo no se alcanza simplemente negándose a enfrentar las opciones que se le presenten de resolver los problemas socialmente relevantes, como lo es la autodeterminación de los pueblos indígenas, empleando argumentos legalistas, sino abriendo en positivo las condiciones de interpretación por la vía racional.

Para que la autodeterminación de los pueblos indígenas logre pasar del ámbito retórico al de los hechos empíricos la Corte deberá pronunciarse a favor de establecer materias específicas en las que sí sea aplicable la normatividad indígena o bien hacerlo en cuanto a los espacios concretos en los que serán competentes las autoridades

indígenas. Si la Suprema Corte de Justicia no aporta los materiales para pavimentar este camino, el artículo 2º constitucional seguirá rigiendo sobre un México inexistente: el de las igualdades retóricas, el de las libertades simuladas, el de la democracia de relumbrón, un país presuntamente multicultural hasta que la Corte no demuestre lo contrario.

BIBLIOGRAFÍA

ANSOLABEHERE SESTI, KARINA

- 2008 “Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 70, núm. 2, abril-junio, pp. 331-359.
- 2006 “Diversidad retórica: Suprema Corte de Justicia y diversidad cultural”, ponencia presentada en el VI Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Oaxtepec, Morelos.

CARBONELL, MIGUEL

- 2002a “Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001”, en Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, Estudios Jurídicos, 32, IJ-UNAM, pp. 11-36.
- 2002b “Epílogo. La reforma indígena y la Suprema Corte”, en Miguel Carbonell y Karla Pérez Portilla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, Estudios Jurídicos, 32, IJ-UNAM, pp. 145-149.

CHIVI VARGAS, IDÓN MOISÉS

- 2006 “Justicia indígena y jurisdicción constitucional. Bolivia, 2003-2005”, *Derechos humanos y acción defensorial*, año 1, núm. 1, pp. 45-72

DÍAZ-POLANCO, HÉCTOR

- 2004 “Reconocimiento y redistribución”, en Rosalva Aída Hernández, Sarela Paz y María Teresa Sierra (coords.), *El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad*, México, CIESAS-Porrúa-Cámara de Diputados, pp. 333-356.

DOMINGO, PILAR

- 2008 “Judicialización de la política: el cambio del papel político del sistema judicial en México”, en Rachel Sieder, Line Scholden, Alan Angell (eds.), *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

FIX-FIERRO, HÉCTOR

- 2001 “La ley indígena: ¿principio o fin?”, *Crónica*, 30 de agosto.

- GAVIRIA DÍAZ, CARLOS,
 1997 “Alcances, contenidos y limitaciones de la jurisdicción especial indígena”, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas. La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Ministerio del Interior, Ministerio de Justicia y del Derecho, MJD, MI-DGAI, CRIC.
- GÓMEZ, MAGDALENA
 2002 “Derecho indígena y constitucionalidad”, en Esteban Krotz (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, UAM-Anthropos, pp, 235-278
- KELSEN, HANS
 1986 *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México, Sección Política y Derecho, FCE.
- LÓPEZ BÁRCENAS, FRANCISCO
 1998 “La diversidad negada”, en Gabriel García Colorado e Irma Eréndira Sandoval (comps.), *Autonomía y derechos de los pueblos indios*, México, Cámara de Diputados, LVII legislatura.
- LÓPEZ Y RIVAS, GILBERTO
 1998 “Pueblos indios, autonomía y reforma constitucional”, en Gabriel García Colorado e Irma Eréndira Sandoval (comps.), *Autonomía y derechos de los pueblos indios*, México, Cámara de Diputados, LVII legislatura.
- ORTIZ ELIZONDO, HÉCTOR
 2005 *Lineamientos para el peritaje cultural*, México, Informe de trabajo, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- RAMOS TAVARÉS, ANDRÉ
 2008 “Justicia constitucional: Superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdiccional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lello de Larrea (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, tomo I, *Teoría general del derecho procesal constitucional*, México, IJ-UNAM.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER
 1998 *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción intercultural*, Santa Fe de Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- SIEDER, RACHEL, LINE SCHJOLDEN Y ALAN ANGELL (eds.)
 2008 *La judicialización de la política en América Latina*, Bogotá, Universidad del Externo de Colombia.
- VALIENTE LÓPEZ, ARESIO
 2008 “La jurisdicción indígena en la legislación panameña”, en Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal y Rosember Ariza (coords.), *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, pp 203-259.