

# EL DERECHO INDÍGENA EN OAXACA: LAS NUEVAS INICIATIVAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES

MAGDALENA GÓMEZ\*

La iniciativa de reforma a la constitución y la propuesta de ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del estado de Oaxaca constituyen un mensaje alentador tanto por su contenido como porque demuestra que ante el complejo problema del derecho indígena se pueden plantear soluciones cuando existe la voluntad política y la sensibilidad para asumir que se debe propiciar la modificación en el orden jurídico de los ejes excluyentes de la pluriculturalidad y no a la inversa, pretendiendo garantizar que no se alteren dichos ejes. La propuesta de reforma constitucional incluye los artículos 12, 16, 94, 151 y transitorios que establecen la obligación de emitir la Ley de derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del estado de Oaxaca, reglamentaria del artículo 16. Precisamente en éste último artículo se encuentra la parte fundamental de la reforma, ya que enuncia, sin incluir por cierto la expresión “se reconoce”, que el derecho a la libredeterminación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía en tanto partes integrantes del estado de Oaxaca en consonancia con el orden

jurídico vigente, por lo tanto tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales, en los términos de la ley reglamentaria que al efecto se expida y , a continuación, enlista el contenido de dicha ley. Este artículo reproduce la limitante del actual párrafo primero del artículo cuarto constitucional que delega en la ley el contenido de los derechos y con ello se vulnera el efecto jurídico de los mismos frente al conjunto de las normas de la Constitución y frente a las legislaciones locales en materias comunes. Sin embargo, el proyecto de ley aludido, presentado al congreso local, es un ejercicio acabado y riguroso de aplicación del convenio 169 de la OIT en cumplimiento del 133 constitucional que lo ubica como parte de la Ley Suprema. Se observa también y así se reconoce que partió de los Acuerdos de San Andrés y de los resultados de la consulta nacional realizada por el Congreso de la Unión y el Gobierno Federal Por ello observamos que se incluyen los conceptos básicos de la demanda indígena como es el de libredeterminación y autonomía para los pueblos y comunidades indígenas. No hay sacrificio en

\* Abogada. Directora de Procuración de Justicia del Instituto Nacional Indigenista.

la amplitud del sujeto de derecho, sino relación de todo y parte que no se pierde en ningún momento. Destaca la apertura a temas como los de tierras y territorios, acceso al uso y disfrute de recursos naturales y jurisdicción indígena. En este último, define un conjunto de facultades que supera la tendencia reduccionista implícita en reformas que siendo novedosas no rebasan la visión de la resolución de conflictos menores. Es el caso de la de Justicia Indígena en Quintana Roo, o la más reciente de jueces de paz en Chiapas. La iniciativa oaxaqueña establece que “las autoridades indígenas tradicionales ejercerán jurisdicción: cuando la materia de que se trate verse sobre: delitos cuya sanción sea solamente económica o no exceda de dos años de prisión, tenencia individual de la tierra en la comunidad de referencia, faltas administrativas y de policía, atentados contra las formas de organización, cultura, servicios comunitarios, trabajos y obras públicas, cuestiones del trato civil y familiar...”. Así queda establecida una jurisdicción que supera la división por materias del orden jurídico nacional, sin olvidar la precisión de los requisitos procesales de competencia y de respeto a los derechos humanos. Por otra parte, se aleja de la posibilidad de establecer fueros, privilegios o tribunales especiales al incluir elementos de articulación con las instancias del estado cuando señalan que las autoridades indígenas podrán recurrir a ellas cuando exista desacato en el cumplimiento de una resolución. Asimismo acota la convalidación a la condición de que así lo soli-

cite alguna de las partes, lo que de hecho constituye la garantía de apelación.

Sin duda el Congreso local tendrá que realizar una revisión acuciosa de dicha iniciativa para salvar los posibles conflictos con la dimensión federal o para precisar conceptos, como en el caso del delito de etnocidio que bien podría ubicarse en el código penal estatal y deslindar ahí, por su naturaleza diferente a la discriminación.

Asumiendo la complejidad del proceso de juridicidad del derecho indígena y en el ánimo de presentar esta contribución al Congreso local del Estado de Oaxaca, anotaré algunas observaciones y comentarios en asuntos específicos del proyecto de ley ya mencionado. Es el caso de los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho, el orden jurídico nacional y el derecho indígena en Oaxaca a la luz de la universalidad de ciertos derechos. Asimismo plantearé una reflexión sobre el territorio indígena y el pacto federal, la regulación federal y las facultades estatales, para abordar enseguida los que a mi juicio aparecen como riesgos de sustitución estatal en la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas. Asimismo, enunciaré la propuesta de delito de etnocidio como un ejemplo de normas que junto a las relativas a educación, sería deseable se ubicaran en la regulación propia de su materia. Concluiré con dos temas relativos a la autonomía indígena y la reforma del Estado, y el que alude a la necesaria continuidad de la reforma Oaxaqueña al conjunto de su orden jurídico.

## *PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS COMO SUJETOS DE DERECHO*

En sus artículos 2º y 3º la iniciativa de Ley establece y define tanto a los sujetos de la misma como los conceptos básicos. En concordancia con el artículo 16 de la Constitución del Estado, que será reformado en un momento previo al análisis y dictamen de la Ley se dispone que "El estado de Oaxaca tiene una composición étnica-plural sustentada en la presencia mayoritaria de sus pueblos y comunidades indígenas cuyas raíces culturales e históricas se entrelazan con las que constituyen la civilización mesoamericana; hablan una lengua propia; han ocupado sus territorios en forma continua y permanente; en ellos han constituido sus culturas específicas, que es lo que los identifica internamente y los diferencia del resto de la población del Estado. Dichos pueblos y comunidades tienen existencia previa a la formación del Estado de Oaxaca y fueron la base para la conformación política y territorial del mismo, por lo tanto tienen los derechos sociales que la presente Ley les reconoce.

Esta Ley reconoce a los siguientes pueblos indígenas: Amuzgos, Cuicatecos, Chatinos, Chinantecos, Chocholtecos, Chontales, Huaves, Ixcatecos, Mazatecos, Mixes, Mixtecos, Nahuas, Triques, Zapotecos y Zoques, así como a las comunidades indígenas que conforman aquéllos.

Esta Ley protegerá, también a las comunidades afromexicanas y a los in-

dígenas pertenecientes a cualquier circunstancia, que residen dentro del territorio del Estado de Oaxaca.

Y en su artículo 3º se anota, "Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

- I.- Estado: La persona moral de derecho público que representa a la Entidad Federativa de Oaxaca y de su gobierno, en cuanto es parte integrante del sistema federal;
- II.- Pueblos indígenas: Aquellas colectividades humanas que, por haber dado continuidad histórica a las instituciones políticas, económicas sociales y culturales que poseían sus ancestros antes de la creación del Estado de Oaxaca: poseen formas propias de organización económica, social, política y cultural; y afirman libremente su pertenencia a cualquiera de los pueblos mencionados en el segundo párrafo del artículo 2º de este ordenamiento. El Estado reconoce a dichos pueblos indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal y Municipales, así como con terceras personas.
- III.- Comunidades indígenas: Aquellos conjuntos de personas que forman una o varias unidades socioeconómicas y culturales, que pertenecen a un determinado pueblo indígena de los enumerados en el artículo 2º de este ordenamiento

y que tengan una categoría administrativa inferior a la del municipio, como agencias municipales o agencias de policía. El Estado reconoce a dichas comunidades indígenas el carácter jurídico de personas morales de derecho público, para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal y Municipales, así como con terceras personas.

IV.- Autonomía: La expresión de la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas como partes integrantes del Estado de Oaxaca, en consonancia con el orden jurídico vigente, para adoptar por sí mismos decisiones e instituir prácticas propias relacionadas con su cosmovisión, territorio indígena, tierra, recursos naturales, organización sociopolítica, administración de justicia, educación, lenguaje, salud y cultura.

Como vemos esta ley define con claridad a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de la misma. Habría que revisar, sin embargo, la implicación restrictiva que pueda tener la mención de que "han ocupado sus territorios en forma continua y permanente". Si asumimos que los sucesivos despojos han evitado la continuidad y permanencia en dichos espacios.

Este riesgo se supera en el siguiente artículo relativo a las definiciones. En ellas se omite la continuidad y permanencia en el territorio tanto de pueblos como de comunidades indígenas. Los define como personas morales de derecho público con una limitante que

bien podría suprimirse" para todos los efectos que se deriven de sus relaciones con los Gobiernos Estatal, Municipales, así como con terceras personas". Entendiendo la preocupación de no invadir facultades federales se podría evitar esa acotación si se recuerda que el marco jurídico de estas regulaciones estatales está constituido tanto por el convenio 169 de la OIT como por el actual párrafo primero del artículo cuarto constitucional y el párrafo segundo de la fracción VII del 27 constitucional.

## *EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL Y EL DERECHO INDÍGENA EN OAXACA: UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS*

Se deben revisar las reiteraciones innecesarias de la Constitución General, tanto en lo que se refiere a los derechos individuales comunes a indígenas y a no indígenas, como a los derechos sociales cuyo concepto incluye los relativos a los pueblos indígenas pero no se agota en los mismos.

Esta situación se observa en el art. 3º frs VI- y VII y se retoma en el 6º y en el 48.

VI. Derechos individuales: Las facultades y las prerrogativas que el orden jurídico oaxaqueño otorga a todo hombre o mujer independientemente de que sea o no integrante de un pueblo o comunidad indígena, por el sólo hecho de ser personas.

VII.- Derechos Sociales: Las facultades y prerrogativas de naturaleza colectiva que en los ámbitos político, económico, social, cultural y jurisdiccional el orden jurídico oaxaqueño reconoce a los pueblos y comunidades indígenas para garantizar su existencia, pervivencia, dignidad bienestar y no discriminación basada en la pertenencia a aquellos.

Art. 6º. Las autoridades estatales, municipales y tradicionales, en el ejercicio de sus atribuciones, así como los particulares, respetarán íntegramente la dignidad y derechos individuales de los indígenas, tratándolos con el respeto que deriva de su calidad como personas. La misma obligación tendrán con relación a los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas.

Art. 48.- Corresponde a las mujeres y a los hombres indígenas el derecho fundamental de determinar el número y espaciamento de sus hijos y al Estado la obligación de difundir orientación sobre salud reproductiva de manera que aquellos puedan decidir de manera informada y responsablemente al respecto.

Art. 51.- El Estado garantizará los derechos individuales de las niñas y los niños indígenas a la vida, a la integridad física y mental, a la libertad y a la seguridad de sus personas. Asimismo, sancionará en los términos previstos por el artículo 18 de la presente Ley la separación forzada de niñas y niños indígenas, de sus familias, pueblos y comunidades.

En todo caso podría incluirse una reafirmación de que el ejercicio de los

derechos colectivos se hará sin demérito de los individuales, enfatizando que la titularidad de los derechos colectivos no puede ser individualizada porque violaría el derecho en común con el resto de los integrantes de pueblos y comunidades indígenas.

## *EL TERRITORIO INDÍGENA Y EL PACTO FEDERAL*

En el artículo dedicado a las definiciones, el tercero, se anota que

V.- Territorio indígena: Es la porción del territorio nacional que define el ámbito espacial, natural, social, y cultural en donde se asientan y desenvuelven los pueblos y comunidades indígenas; en ella, el Estado Mexicano ejerce plenamente su soberanía, el Estado de Oaxaca su autonomía, y los pueblos y comunidades indígenas expresan su forma específica de relación con el mundo. Me parece que esta definición incluye conceptos de naturaleza diversa al referirse a la soberanía del Estado y a la autonomía de la entidad federativa, contrasta el concepto de territorio como elemento constitutivo del Estado respecto al territorio indígena como el asiento material de la cultura de los pueblos y comunidades indígenas. Tal y como quedó redactado territorio indígena puede leerse como sinónimo de cosmovisión.

Por otra parte, la confusión se hace presente cuando se lee en el Ar-

título 8°. “Cada pueblo o comunidad indígena en consenso con el Estado y en su caso con los Ayuntamientos y sin perjuicio de terceros, definirá los límites de su territorio indígena dentro de los cuales ejercerán la autonomía que ésta ley les reconoce, al nivel del municipio, de las agencias municipales o de policía, de las asociaciones integradas por varios municipios entre sí, comunidades entre sí o comunidades y municipios”. Sería importante precisar si el derecho a la autonomía implica la creación de entidades territoriales distintas a las establecidas en el pacto federal. No parece ser así sobre todo porque no estaría facultada una entidad federativa para modificarlo. Siendo este el caso, no es posible definir un territorio más allá de lo establecido a nivel municipal y sus alternativas de remunicipalización o de asociación intercomunitaria o intermunicipal. Así pues, parecería que no se trataría de definir su territorio como se menciona en la iniciativa sino su espacio de organización política dentro del pacto federal. Por otra parte puede resultar restrictivo al concepto de territorio el que aparezca por la vía de este artículo como sinónimo de la forma de organización política, pues quedaría atrapado en las facultades que tiene el municipio o en su caso, la agencia municipal y quedarían fuera facultades derivadas del derecho al territorio como sería la disposición sobre lugares sagrados, el ac-

ceso al uso y disfrute de recursos naturales o la misma propiedad sobre flora y fauna entre otros.

## ***REGULACIÓN FEDERAL Y FACULTADES ESTATALES***

El Estado de Oaxaca está asumiendo el reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas en un marco constitucional que resulta limitado dado el régimen de distribución de competencias en el que si bien se establece, en el artículo 124 constitucional, que las facultades que no estén expresamente concedidas a la Federación se entienden reservadas a los Estados, la Suprema Corte de Justicia ha sentado la tesis de que “ lo que los estados puedan ejercitar, no pueden contradecir a las que a la federación correspondan; de manera que si dictan una ley (fiscal), que haga nugatorias las prevenciones de una ley federal, (como lo es el código de comercio) aquella ley no puede subsistir”<sup>1</sup>

Si bien es cierto que es poco probable que integrantes del Congreso local, el 33% de ellos llegaran a ejercer acción de inconstitucionalidad conforme al artículo 105 de la Constitución General, también lo es que no tiene mucho sentido incluir en la ley oaxaqueña derechos cuyo ejercicio dependa de atribuciones o regulaciones federales. Por ello anotaré ejemplos

<sup>1</sup> Tomo XVIII p. 374, Amparo administrativo en revisión, Colonia Alta Vista y Anexas, S.A. 23 de febrero de 1926, unanimidad de 10 votos).

que habría que revisar con detenimiento:

a) Dice el artículo 15 de la iniciativa de ley que: “quedan prohibidos los reacomodos y desplazamientos de pueblos y comunidades indígenas, excepción hecha de aquellos casos que provengan de las propias necesidades de dichos pueblos y comunidades o se motiven por el orden público. Para el primer caso se establece la obligación de los pueblos y comunidades de justificar al Estado dicha medida, para el segundo se reproducen las garantías establecidas en el convenio 169 acerca de la indemnización, de su ubicación en lugares similares en características cuando la reubicación sea definitiva y de la posibilidad de regresar cuando desaparezcan las causas que la motivaron. Bien si se trata de circunstancias bajo el dominio de facultades de la entidad federativa o de circunstancias graves pero de efectos temporales como un huracán, sin embargo, las principales causas de reubicación reacomodos o desplazamientos se refieren a obras definidas bajo competencia federal y frecuentemente ligadas a proyectos hidroeléctricos o megaproyectos .

b) Dice el artículo 16 que en materia de conflictos agrarios se promoverá la conciliación (esta norma ya está incluida en la Constitución de la entidad). De cualquier forma, es sin duda positiva, más aún si se considera que la mayor parte de las tierras de estos pueblos y comunidades están bajo el régimen comunal que tiene una relativa protec-

ción del libre mercado. Sin embargo sabemos que la protección de la integridad de las tierras de los grupos indígenas, como establece el artículo 27 constitucional no está regulada en la Ley Agraria y la conciliación se realiza con un marco federal que tiene una lógica poco afín al significado que tiene la tierra en la cosmovisión de dichos pueblos y comunidades.

c) En cuanto al derecho a establecer sus propios medios: radio, televisoras. Siendo materia exclusivamente federal no tiene efecto jurídico su inclusión en el ámbito estatal, salvo que se estableciera la obligación del Estado de contribuir con los recursos y la capacitación necesarios para que adquieran dichos medios.

d) Igual que el caso anterior es el relativo a la materia religiosa regulada por la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, así como el de sitios arqueológicos y monumentos históricos, recursos genéticos, propiedad de flora y fauna, elementos importantes del patrimonio cultural de los pueblos y que también se encuentran bajo regulación federal.

### *RIESGOS DE SUSTITUCIÓN ESTATAL EN LA AUTONOMÍA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS*

a) Intermediarismo no es igual a representación.

En el artículo 7° se establece que queda prohibida la participación de intermediarios en las relaciones de los pueblos y comunidades con las autoridades y en la gestión de negocios

Entendiendo la preocupación implícita en la disposición habría que considerar que los pueblos y sus comunidades gozarán de autonomía y ésta incluye el nombrar representantes. Si se reconocen como sujeto de derechos no tendría porqué regularse desde el Estado este tipo de situaciones.

b) Las autoridades indígenas deben ser reconocidas sin el calificativo de tradicionales

A lo largo de la iniciativa se califica a las autoridades indígenas como tradicionales (arts. 6°, 34, 39 por ejemplo). Este concepto refiere normalmente a los ancianos y sabemos que en los pueblos y comunidades indígenas el sistema de autoridades es más amplio. En aras de su autonomía y en consideración a la generalidad de la ley sería conveniente hablar simplemente de autoridades indígenas.

c) La participación de la mujer indígena

Dice el artículo 50 de un capítulo denominado mujeres indígenas:

“El Estado asume la obligación de propiciar la información, la capacitación, la difusión y el diálogo, para que los pueblos y comunidades indígenas tomen medidas tendientes a lograr la participación plena de las mujeres en la vida política, económica, social y cultural de los mismos, a fin de cumplir cabalmente con el artículo 12 de la

Constitución Estatal. Es un hecho la muy escasa participación de la mujer indígena dentro de los espacios de gobierno interno de pueblos y comunidades. La pregunta que habremos de hacernos es si es compatible la intervención del Estado para propiciarla, si tomamos en consideración que se están reconociendo su autonomía y formas propias de organización social y política. ¿No se estará introduciendo con este artículo un siempre y cuando propicien la participación plena de las mujeres? ¿Qué corresponde al estado y qué a los pueblos y comunidades y qué dentro de ellos, a sus integrantes hombres y mujeres? ¿No hay un sesgo en la preocupación por la participación de la mujer dentro de sus pueblos y comunidades y la ausencia de referencia a los derechos políticos de participación de pueblos y comunidades y de sus integrantes, hombres y mujeres mas allá del municipio, en toda la entidad y en sus diferentes poderes?

### ***ETNOCIDIO ATAÑE A LA CULTURA DE UN PUEBLO Y DISCRIMINACIÓN A LOS INTEGRANTES DE DICHOS PUEBLOS***

Sería conveniente revisar si los delitos de etnocidio y el de discriminación, cada uno con sus características, debe regularse en el código penal. No parece conveniente ubicar a la discriminación dentro de las causales de etnocidio,

porque ello implicaría que lo que habría que probar es la destrucción de la cultura y no como en la discriminación los hechos concretos de agresión con factor de discriminación.

## **LA AUTONOMÍA INDÍGENA Y LA REFORMA DEL ESTADO**

No parece considerarse en la iniciativa de ley que las instituciones actuales deberán reformarse para dar participación a los pueblos indígenas tanto en su diseño y operación como en su conducción. Requeriría un transitorio que lo estableciera. En un Estado como Oaxaca, el conjunto de las dependencias del Ejecutivo, tanto estatal como el Federal, deberán responsabilizarse de cumplir con la presente ley en lo que corresponda a sus competencias y no solamente el Poder Judicial o la Procuraduría para la Defensa del indígena, como señala el proyecto de ley, ésta última, en todo caso, debería convertirse en una especie de ombudsman. Por ello se sugiere la revisión detallada del contenido de los derechos que la ley refiere pues la procuraduría no tendría por qué intervenir en materias cuya atención corresponde a otras dependencias por ejemplo la delegación de SEMARNAP en Oaxaca o la de la SRA o la PA. Por otra parte, no debemos olvidar que si se está reconociendo autonomía a los pueblos indígenas y a sus comunidades, también a ellos corresponde la responsabilidad de aplicar la ley:

Artículo 5º.- El estado por conducto de la Procuraduría para la Defensa del Indígena y del Poder Judicial, en el ámbito de sus respectivas competencias, quedan facultados para aplicar la presente Ley y asegurar el respeto de los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas, conforme al principio igualitario de que ninguno de ellos, o cualquier núcleo no indígena, será considerado superior a los demás.

Asimismo, en el artículo 20 se refiere a las instituciones culturales del Estado que apoyarán en el mantenimiento, protección y desarrollo de sus manifestaciones culturales, pero no establece la participación directa en la conducción y administración de los proyectos.

## **LA CONTINUIDAD DE LA REFORMA DEL CONJUNTO DEL ORDEN JURÍDICO ESTATAL**

Uno de los artículos transitorios de la iniciativa de ley que comentamos establece: "Se derogan todas las disposiciones de igual o menor rango que contravengan esta ley". Sin embargo, dicha derogación no siempre será automática, requiere la precisión específica para evitar interminables juicios y controversias. Por ello, reconociendo los importantes avances legislativos en el Estado de Oaxaca, resulta indispensable establecer en dicho transitorio de esta ley marco que se continuará la revisión y en su caso reforma de la legislación estatal para garantizar el ejer-

cicio de la autonomía de los pueblos y comunidades indígenas (es el caso de la mención del artículo 9º a la Ley Orgánica municipal como marco para las formas de organización social y política).

La iniciativa de Oaxaca antes que mostrar que se puede prescindir de la reforma a la Constitución General, muestra de manera contundente su necesidad y urgencia. Las debilidades en el alcance de algunos de sus planteamientos obedece al cuidado que se tuvo de no invadir materias de regulación federal, no obstante que se refieren a derechos contenidos en el convenio 169 de la OIT. Un claro ejemplo de ello es el del acceso al uso y disfrute de recursos naturales que en la iniciativa respeta las limitadas atribuciones estatales en la materia. También en materia electoral a los avances

oaxaqueños les urge una reforma a la Constitución General en los artículos 41 y 116, fr. IV inciso b) para evitar posibles conflictos con sus regulaciones en materia de elección por usos y costumbres.

El Senado de la República, que tiene en su agenda dos iniciativas de reforma constitucional, la del Partido Acción Nacional y la del Ejecutivo Federal debería contrastar la propuesta oaxaqueña con el horizonte que las mismas contienen y valorar la necesidad de ampliar su perspectiva y volver los ojos al documento elaborado por la COCOPA que contiene la propuesta que fortalecería iniciativas como la de Oaxaca y reformas constitucionales como la de Chihuahua y Campeche. Con un ejercicio así, por encima de intereses partidarios, se contribuiría al diálogo y la paz en Chiapas.