

OMBUDSMAN Y DERECHOS INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA: ESTUDIO COMPARATIVO SOBRE EL MARCO NORMATIVO E INSTITUCIONAL*

JOSÉ AYLWIN

Presentación

El acceso de los pueblos indígenas a la justicia, es aún un asunto pendiente de resolver. Este sector acumula, además de las dificultades generales de acceso, las que se derivan de su marginalidad económica, política y social; las provenientes de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales a sus características lingüísticas y culturales, y a las dinámicas sociales específicas y diversas, y la tensión no resuelta entre formas propias de atención y resolución de conflictos y generalidad del régimen jurídico nacional.

Desde el punto de vista de la doctrina de los derechos humanos, el acceso a la justicia puede ser considerado en sí mismo como un derecho, garantizado en el ordenamiento internacional y en el orden interno constituido por un conjunto de otros derechos: debido proceso, defensa oportuna, gratuidad.

Los progresos en el campo de la impartición de justicia resultan insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y el acceso al servicio por parte de éstos. Aún hay mucho que avanzar acerca de la calidad de las soluciones y de la celeridad con que los asuntos pueden ser resueltos y los costos económicos que estos pueden implicar. El abanico de derechos que reclaman los pueblos indígenas es muy amplio e incluye el reconocimiento de un orden jurídico y judicial propio.

El establecimiento de la figura del *Ombudsman* (Defensor del Pueblo, Defensor de los Habitantes, Procuraduría o Comisión de Derechos Humanos)

* Resumen del documento publicado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 2006, que permite la reproducción parcial o total siempre y cuando no sea alterado su contenido y se asignen los créditos correspondientes. Su descarga y consulta puede hacerse a través del sitio web siguiente: https://www.iidh.ed.cr/multic/default_12.aspx?contenidoid=75da6507-1ff8-4ad9-af64-4d956510464b&Portal=IIDH. Se incluye el texto íntegro de la presentación para que el lector conozca su contenido.

en diferentes países de la región, ha generado un nuevo y vigoroso actor en el marco de los sistemas de justicia estatales y en la justicialidad de los derechos humanos. Estas instituciones han resultado clave en la defensa y promoción de los derechos humanos, así como en la vigilancia de la labor de los gobiernos y la rendición de cuentas por parte de éstos. Además han contribuido a fortalecer los mecanismos de representación y comunicación entre la sociedad civil y los gobernantes, habiendo ganado en casi todos los países una alta cuota de legitimidad en esta mediación y un buen nivel de incidencia en el diseño de políticas públicas.

Como se demuestra en la presente publicación, la mayoría de las oficinas de *Ombudsman* tienen atribuciones que pueden facilitar y contribuir a mejorar el acceso a la justicia de las personas y los pueblos indígenas. Tienen facultades para realizar diagnósticos, investigaciones y recomendaciones sobre comportamientos administrativos que pudieran ser discriminatorios, para aceptar y en algunos casos asumir la representación de colectividades que no cuenten con personería legal; atender situaciones que comprometan derechos, proponer la adopción de legislaciones y supervisar el cumplimiento de convenios internacionales. En países con presencia de población indígena, se puede apreciar un incremento permanente de la recepción de quejas provenientes de personas y comunidades que tienen que ver con derechos de su condición étnica o problemas de denegación de justicia.

El desarrollo y consolidación de las instituciones de *Ombudsman* es un tema prioritario para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), que tiene un papel decisivo en los procesos de democratización de los países latinoamericanos y se convierte en uno de los más importantes defensores de los derechos humanos a escala local.

La construcción de la gobernabilidad democrática, especialmente en países con poblaciones indígenas importantes, no será posible sin su inclusión y participación activa. Para el IIDH la condición de estos pueblos es un hecho permanente y estable y su reconocimiento es un punto de partida fundamental para el respeto y promoción de sus derechos. En ese sentido, ha apoyado desde hace varios años procesos locales y regionales para potenciar la actuación de

las oficinas de *Ombudsman* con diversos actores sociales, en particular la promoción de los derechos de los pueblos indígenas.

Cabe destacar el trabajo articulado de la Red de Atención a Pueblos Indígenas surgida en el seno del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH). Otro elemento que ha vigorizado los procesos de sensibilización y capacitación sobre el tema es el impulso por el IIDH de la Campaña Educativa en Derechos Indígenas.

El proyecto “Acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas” –del cual esta publicación es el primer producto– y que abarca diez países de América Latina, se enmarca en la amplia preocupación tanto del IIDH como de las Oficinas de *Ombudsman* por el acceso a la justicia como una condición para el disfrute y la protección de los derechos humanos de los pueblos y personas indígenas. El objetivo es contribuir al mejoramiento del acceso a la justicia mediante el fortalecimiento de los servicios que pueden ofrecer para este propósito las oficinas del *Ombudsman*.

El proyecto incluyó cuatro estudios de caso sobre las experiencias de atención a los derechos de los pueblos indígenas por las oficinas de *Ombudsman* en Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua. También se realizó un estudio documental comparado sobre el marco normativo e institucional del *Ombudsman* en diez países (además de los primeros, Ecuador, Perú, Paraguay, México, Panamá, Costa Rica), para tener un perfil regional de atención de los derechos de los pueblos indígenas por estas instituciones.

Los estudios apuntan a la identificación de buenas prácticas, formulación –concertada con los interesados– de estrategias institucionales de atención a los pueblos indígenas por parte de las oficinas de *Ombudsman*, estrategias de capacitación a funcionarios de las defensorías y dirigentes de organizaciones indígenas para un mejor aprovechamiento de los recursos de la institución del *Ombudsman*, tanto en la protección de los derechos colectivos, como en el diseño de políticas públicas tendientes a mejorar el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades indígenas, y finalmente generar propuestas de medidas de acción que solventen los problemas de acceso a la justicia de las personas y los pueblos indígenas en cada uno de los países concernidos.

La publicación que a continuación presentamos “*Ombudsman* y Derechos Indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional” permite identificar las tendencias en la relación de las oficinas de *Ombudsman* y los derechos de los pueblos indígenas en diez países, señalamos algunas de ellas:

- Existe una tendencia latinoamericana por la incorporación progresiva en los ordenamientos jurídicos de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, amparado por el derecho internacional. Se reconoce también la multiétnicidad y pluriculturalidad de las sociedades de la región y de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas tales como idiomas, colectividad de la tierra, derecho consuetudinario o indígena, autogobierno y recursos naturales, entre otros.
- La mayoría de las oficinas de *Ombudsman* desarrollan acciones de protección y promoción de los derechos de los pueblos indígenas, y se registran peticiones atendidas en la totalidad de sus funciones convencionales. Éstos acuden al *Ombudsman*, porque consideran que es la única entidad accesible que siendo estatal, puede controlar el actuar del Estado y hacer justiciable sus derechos. Son pocos los países que no han implementado una instancia especial para la atención de las peticiones de los pueblos indígenas, esto constituye un requisito esencial para su tratamiento adecuado.
- Las actuaciones del *Ombudsman*, en la mayoría de los Estados analizados, se enmarcan en el mandato amplio que la Constitución y las leyes les otorgan para la protección y la defensa de los derechos humanos de los ciudadanos. No encuentran fundamentación jurídica específica de su accionar con relación a los pueblos indígenas. Esto la debilita en relación a las actuaciones en otras materias que le son expresamente encomendadas.
- Casi todas las funciones del *Ombudsman* fueron usadas para la atención de las peticiones de los indígenas: investigación, mediación y conciliación y la educación y promoción en derechos humanos. La investigación

se da por quejas o denuncias de personas o pueblos indígenas ante la violación de derechos colectivos o individuales, así como de aquellas asumidas de manera de oficio por la institución. Estudios y análisis profundos dan cuenta de la gran labor que desempeñan en este campo. La mediación se ha convertido en una función recurrente de esta instancia ante la conflictividad de los países. La educación, junto a la investigación, promoción y difusión, constituye una de las funciones más relevantes en esta materia.

- Los *Ombudsman* disponen de facultades para promover reformas legales, perfeccionar el ordenamiento jurídico vigente o sugerir ratificaciones o suscripciones de tratados internacionales sobre derechos humanos. Asimismo, las actuaciones de procuración o el impulso de actuaciones jurisdiccionales y/o administrativas como el interponer recursos y darles seguimiento e interponer acciones de inconstitucionalidad, son actuaciones efectivas para el resguardo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. No obstante el uso de estas facultades ha sido muy limitado.
- En muchas ocasiones los derechos de los pueblos y personas indígenas son vulnerados por la actuación no sólo del Estado, sino de particulares. Tal es el caso de empresas que impulsan proyectos de inversión en territorios indígenas que resultan lesivos para sus derechos sobre la tierra y los recursos naturales, la consulta previa, entre otros. Las oficinas de *Ombudsman* no se encuentran facultadas para intervenir en estos casos, lo que constituye una grave limitante en su actuación en favor de los derechos de los pueblos y personas indígenas que debe ser subsanada.

Son muy valiosas las recomendaciones y desafíos sugeridos por el estudio para superar la serie de vacíos y limitaciones identificados en las diversas experiencias nacionales analizadas.

Con la certeza en que esta publicación sirva no solo como referencia útil de estudio y valoración del trabajo que realizan las oficinas de *Ombudsman* para hacer más justiciable los derechos de los pueblos indígenas, sino también

como una forma de reafirmar nuestro respaldo en su tarea de velar por los derechos humanos de sus pueblos.

Nuestro sincero y especial agradecimiento al Banco Interamericano de Desarrollo (BID) por su apoyo en todas las fases del proyecto. También nuestra gratitud a la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo (ASDI). Vayan los reconocimientos a las oficinas de *Ombudsman*, organizaciones indígenas y expertos de los países que cubren las investigaciones, por el apoyo decidido en todas las fases del proyecto.

Finalmente queremos agradecer a Amilcar Castañeda, que tuvo a su cargo la coordinación del proyecto. A los colegas del IIDH: Diego Iturralde, Director de la Unidad de Investigaciones Aplicadas, Lorena González Volio, Oficial del Programa *Ombudsman* y Derechos Humanos, y Cristina Zeledón, Oficial del Programa de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes, por su permanente acompañamiento académico al proyecto y para que esta publicación llegue a su feliz término.

ROBERTO CUÉLLAR M.
Director Ejecutivo
IIDH

Introducción

El trabajo que aquí se presenta, titulado “Estudio documental sobre el marco normativo e institucional del *Ombudsman* y los derechos indígenas en América Latina”, constituye un intento por dar cuenta de los esfuerzos que los Defensores del Pueblo, las Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos y otras instituciones afines creadas en los últimos años en América Latina, realizan en favor de la promoción y defensa de los derechos de los pueblos indígenas y de las personas que los integran.

Este trabajo, que ha sido encomendado por el Proyecto de Acceso a la Justicia de Personas y Pueblos Indígenas del Programa de *Ombudsman* y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), consta de cuatro capítulos en los que se abordan distintas materias que han sido previamente definidas por el IIDH.

En el capítulo I se entregan antecedentes históricos de los pueblos indígenas en América Latina y del tratamiento que se les diera durante el periodo colonial y luego bajo los gobiernos republicanos. Asimismo, se da cuenta de los procesos de emergencia indígena verificados en las últimas décadas en la región, así como de las principales demandas que sus organizaciones hoy plantean, demandas que incluyen el reconocimiento en su favor de un conjunto de derechos colectivos de carácter político, territorial y cultural, y Estados en que habitan. En el mismo capítulo se hace un análisis de los avances experimentados en años recientes en el derecho interno de los Estados de la región, posibilitando el reconocimiento gradual de los derechos reclamados por los indígenas. También se da cuenta de las tendencias del derecho internacional de los derechos humanos, el que a través de tratados internacionales y de los lineamientos de las instancias que los aplican e interpretan como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativos a pueblos indígenas, ha dado un importante respaldo a sus derechos.

En el capítulo II se analizan las oficinas de *Ombudsman* como instituciones de protección y promoción de derechos humanos y su desarrollo en América Latina en las últimas décadas, en especial a partir de los noventa con el establecimiento de los Defensores del Pueblo, las Procuradurías y Comisiones de Derechos Humanos. Se identifican además, las principales características de estas instituciones, así como las facultades que les son otorgadas por mandato constitucional y/o legal para el desarrollo de su labor. Se señalan los principios que deben orientar la gestión de los *Ombudsman* (Principios de París), así como los estándares mínimos que se exigen para su establecimiento y funcionamiento adecuado como entidades de promoción y defensa de los derechos humanos. Se analizan finalmente las principales funciones que desempeñan los *Ombudsman*, así como los lineamientos que deberían orientar su actuación más efectiva de protección y promoción de derechos de los pueblos y personas indígenas.

El capítulo III, el más extenso e importante de este trabajo, constituye un estudio de casos sobre los *Ombudsman* y los derechos indígenas en diez países de la región, incluye a Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú. En el caso de México, dadas las características particulares de su federalismo, y a requerimiento del IIDH,

se hace un análisis específico sobre la misma materia únicamente en el caso del estado de Oaxaca. En este capítulo se incluye información histórica y actual sobre los pueblos indígenas que habitan en estos Estados, así como sobre el marco jurídico existente en ellos relativo a los derechos humanos en general y a los derechos indígenas en particular.

Se incluye además información relativa al reconocimiento por parte de estos Estados del derecho consuetudinario indígena, así como de la situación del acceso de los pueblos indígenas a la justicia en cada contexto. Se analizan en detalle las bases constitucionales —cuando las hay— y legales de las Defensorías, Comisiones, Procuradurías de Derechos Humanos e instituciones afines, y de las instancias en ellas existentes para el tratamiento de los derechos de los pueblos y personas indígenas. Se da cuenta de las principales acciones impulsadas por estas entidades en la protección, promoción, mediación e investigación, en relación con los derechos de las personas y pueblos indígenas. Se hace un análisis sobre el rol que ellas han desempeñado en esta materia, incorporando, cuando fue posible, la percepción pública e indígena, e intentando identificar en cada caso sus mejores prácticas, así como sus principales vacíos u obstáculos.

Finalmente se formulan una serie de recomendaciones con miras a potenciar su actuación a favor de los derechos indígenas y de posibilitar un mayor acceso de los indígenas a la justicia. Para los efectos de este estudio, entendemos por acceso a la justicia no solo el que se logra a través de la administración de justicia estatal, sino también el que se materializa a través de otras vías de solución de conflictos que incluyen, entre otras, las de carácter administrativo y las soluciones alternativas obtenidas a través de los mecanismos de negociación, mediación y arbitraje.¹

En el capítulo IV se hace un análisis comparado de los *Ombudsman* considerados en este estudio de casos y de su actuación en materia de derechos indígenas. En dicho análisis se incluye la comparación de los marcos jurídicos que les han dado vida, y de las actuaciones de estas entidades en favor de los derechos indígenas; de los principales vacíos, obstáculos y limitantes que enfrentan para

¹ Cf. Banco Interamericano de Desarrollo, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia y Equidad. Un estudio en siete países de América Latina*. José Thompson, coordinador académico. San José, Costa Rica. 2000.

el desarrollo de una labor más efectiva en este ámbito; así como de las mejores prácticas que han impulsado con miras a permitir un mayor reconocimiento y ejercicio de estos derechos por parte de las personas y pueblos indígenas. Además, se formulan un conjunto de recomendaciones con miras a potenciar la actuación de los *Ombudsman* para lograr una protección efectiva de sus derechos en los Estados en los que actúan, y con ello posibilitar un mayor acceso a la justicia de las personas y pueblos indígenas.

Al final de este estudio se incluye un conjunto de anexos que aportan antecedentes relevantes a la temática que aquí se aborda, así como indicadores que intentan graficar los progresos y carencias relativos a los *Ombudsman* y a los derechos indígenas en los Estados aquí analizados.

Agradezco al IIDH, en particular a Amilcar Castañeda, Coordinador del Proyecto de Acceso a la Justicia de las Personas y Pueblos Indígenas del Programa *Ombudsman* de esta entidad, y a Lucrecia Molina del Centro de Documentación, por el apoyo e información brindada en el desarrollo de esta investigación. Agradezco, además, el apoyo otorgado por muchos *Ombudsman*, Procuradores, Comisionados y Defensores de derechos humanos de los países en los cuales se realizó esta investigación, así como a los investigadores y dirigentes indígenas que colaboraron con el envío de información y con sus comentarios para la realización de este trabajo.

Finalmente agradezco a Nancy Yáñez, Pedro Marimany y Rodrigo Lillo, compañeros de trabajo del Observatorio de Derechos de Pueblos Indígenas en Chile, por los aportes y comentarios que hicieron a él. Sin la valiosa contribución de todos ellos, la realización de este trabajo no hubiese sido posible.

Espero que esta investigación contribuya a relevar la crítica situación de los derechos de los pueblos y personas indígenas en la mayoría de los países de la región, así como los esfuerzos que los *Ombudsman* y las instituciones afines realizan para enfrentar esta realidad. Espero, además, que ella aporte información y herramientas que sirvan a los *Ombudsman* y a los propios indígenas y a sus organizaciones, para la promoción y defensa de sus derechos, entre ellos, su derecho consuetudinario, y para lograr el acceso más pleno de estos últimos a la justicia.

JOSÉ AYLWIN

Los defensores del pueblo u *Ombudsman* y otras instituciones de defensa de los derechos humanos en América Latina

ANTECEDENTES GENERALES

La institución del “Defensor del Pueblo” surge en Suecia en el año 1809, a lo que debe su denominación de *Ombudsman*. El objetivo de esta institución era limitar el poder del soberano y la nobleza en un Estado monárquico como era Suecia. Surgió como una alternativa institucional para canalizar los reclamos de los habitantes frente a las actuaciones de los funcionarios y servidores de la administración del Estado para lograr, por la vía de la persuasión, modificar conductas en favor de una administración eficiente y respetuosa de los derechos humanos (Cuéllar, 2002).

Esta institución hace su incursión en América Latina a partir de la década de los setenta, como consecuencia de la influencia ejercida en la región por la Constitución española. El primer antecedente de reconocimiento de esta institucionalidad en el régimen jurídico de los países latinoamericanos es Puerto Rico, país que incorporó la entidad a su derecho interno en 1977. Con posterioridad se ha instaurado en prácticamente todos los países de la región: Guatemala, (1985); Brasil (1986–Estado de Paraná), México (1990), El Salvador y Colombia (1991), Costa Rica y Honduras (1992), Perú y Argentina (1993), Nicaragua (1995), Ecuador, Bolivia y Panamá (1996), y Venezuela (1999), (Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, <http://www.cajpe.org.pe/rij/>).

Su institucionalización masiva en América Latina corresponde a la década de los noventa y coincide con sendos procesos de reforma constitucional impulsados por los gobiernos, cuyo objetivo fue precisamente reformular las bases institucionales heredadas por los gobiernos de facto y darles un marco jurídico adecuado a las democracias que comenzaban a construirse. El establecimiento de instituciones de defensa de los derechos humanos como el Defensor del Pueblo, *Ombudsman*, Procurador de Derechos Humanos y otras instituciones afines, ha surgido en Latinoamérica en el marco de los procesos de democratización que tienen lugar en la región a partir de fines de la década de los ochenta y, más masivamente en la década de los noventa.

Su instauración en la región constituye un eje fundamental en la profundización de los procesos democráticos. Al respecto la Comisión Andina de Juristas ha señalado: “Un Estado que aspira a la calificación de social, democrático y constitucional debe consagrar un conjunto de principios y valores que garantice el libre desarrollo de la persona humana y su dignidad. También debe establecer una serie de poderes con un reparto de competencias equilibrado, a fin de impedir que algunos órganos del Estado abusen de su poder o no cumplan con sus funciones”, (Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica. <http://www.cajpe.org.pe/rij/>).

Respondiendo a este mismo interés, el de fortalecer los mecanismos y actividades tendientes a garantizar el pleno goce de los derechos humanos y el ejercicio de las libertades fundamentales, las Naciones Unidas, ha promovido el establecimiento de los defensores de pueblo. Naciones Unidas, consciente de las limitaciones del sistema internacional para ejercer vigilancia completa de todas las situaciones que conciernen la observancia de los derechos humanos, investigar todas las denuncias relativas a la violación de derechos humanos o prestar asistencia a todas las víctimas, se apoya en la acción de los sistemas regionales de defensa de derechos humanos existentes en los distintos continentes o subregiones de Europa, África y América, y más recientemente, en las instituciones de derechos humanos generadas al interior de los Estados que la conforman, para promover los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

La estrategia en torno a la instauración de estas instituciones regionales o nacionales es favorecer mecanismos más eficientes de protección de los derechos humanos, a través de generar instancias pertinentes, es decir, adecuadas al contexto social, histórico y político que es propio de la región o país donde van a aplicarse.

Además, la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de los Estados –sean aquellos que emergen del sistema de Naciones Unidas o de los respectivos sistema regionales–, impone a los Estados ratificantes una serie de obligaciones derivadas de su cumplimiento y de la necesidad de garantizar que sus ciudadanos puedan ejercer los derechos que le son reconocidos en estos textos legales.

A pesar de las particularidades institucionales de los organismos nacionales de derechos humanos, se trata en general de entidades cuyas competencias se refieren específicamente a la promoción y protección de derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Folleto Informativo núm. 19). En la generalidad de los casos se trata de instituciones de carácter administrativo —no judicial, ni legislativo—, con competencia para pronunciarse sobre cuestiones de derechos humanos que formulen los ciudadanos, grupos vulnerables (migrantes, niños, mujeres, discapacitados, etcétera) o pueblos indígenas. Dichas instituciones se pronuncian a través de informes periódicos, dictámenes o recomendaciones, de oficio o a petición de parte, cuando conocen de las denuncias que formulan personas o colectivos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

Las instituciones nacionales de derechos humanos emergentes corresponden, en términos generales, a Comisiones de Derechos Humanos y *Ombudsman* o Defensores del Pueblo. Paralelamente, se han ido instaurando algunas instituciones especializadas en la promoción y defensa de los derechos de algunos grupos vulnerables como minorías étnicas y lingüísticas, pueblos indígenas, refugiados, mujeres y niños (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS

Las Comisiones de Derechos Humanos son entes autónomos, con competencia específica para conocer cuestiones vinculadas a la promoción y protección de los derechos humanos, las que no tienen vínculos de dependencia con otros poderes del Estado, salvo elaborar informes periódicos al parlamento. En muchos países se han establecido comisiones especiales para garantizar la aplicación efectiva de las leyes y reglamentaciones relativas a la protección de los derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19). Este es el caso, en América Latina, de México y Honduras donde se creó, primero, el Comisionado Nacional de Protección de los Derechos Humanos y, posteriormente, con rango constitucional la institución del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos.

La autonomía de las Comisiones de Derechos Humanos se garantiza a través de su integración por miembros de los más variados perfiles profesionales y políticos, con probada trayectoria en el campo de los derechos humanos. Las fórmulas varían de país en país, pero en todos los casos se tiende a resguardar la independencia de la entidad a través del pluralismo de sus miembros, generando una instancia de consenso social.

En la esfera de su competencia, las Comisiones conocen asuntos de discriminación y deben velar por el respeto de los derechos humanos. Según lo consignado por el Alto Comisionado de la ONU, las funciones y competencias de cada Comisión se definen en la ley o decreto que dispone su establecimiento, donde debe especificarse los diversos actos discriminatorios o violatorios que éstas pueden investigar y, al mismo tiempo, su respectivo ámbito de acción. Algunas comisiones, estudian denuncias relativas a violaciones de cualquiera de los derechos reconocidos en las constituciones. Otras pueden estar facultadas para examinar casos de discriminación por causa de raza, color de la piel, religión, sexo, origen nacional o étnico, discapacidad, condición social, inclinación sexual, convicciones políticas y antepasados (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

Las Comisiones reciben denuncias e investigan los hechos en que estas reclamaciones se fundan, generalmente vinculadas a violaciones de derechos reconocidos por la legislación interna. Ocasionalmente, pueden requerir y recibir prueba sobre los hechos investigados y someter la resolución del asunto controvertido a conciliación y arbitraje. Sus decisiones, por regla general, carecen de fuerza coercitiva, pero sí pueden ser puestos en conocimiento de la judicatura. Garantizan la observancia de derechos humanos, constatando e informando de su cumplimiento y, finalmente, supervigilan el cumplimiento por los Estados de sus propias leyes y de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Entre las funciones de las Comisiones suelen incluirse la de fomentar la conciencia comunitaria de los derechos humanos a través de impulsar acciones promoción y educación en materia de derechos humanos (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

EL OMBUDSMAN O DEFENSOR DEL PUEBLO

El *Ombudsman* o Defensor del Pueblo, por su parte, es una institución en general de carácter unipersonal. Excepcionalmente su función radica en un grupo de personas, cuya designación corresponde al parlamento. La principal función de los defensores del pueblo es proteger a las personas contra los abusos o actos arbitrarios de la administración pública susceptibles de lesionar sus derechos y garantías fundamentales. Para el cumplimiento de esta función el Defensor actúa como un mediador entre la persona perjudicada y el ejecutivo (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

En el ámbito normativo existen variaciones en el mandato del Defensor en las distintas legislaciones que lo establecen, pero hay ciertas directrices que caracterizan a la institución y que reseñaremos.

Siendo la principal facultad del *Ombudsman* proteger al ciudadano de los actos arbitrarios de la administración, también está facultado para recibir e investigar las denuncias que en este ámbito formulen los individuos e investido de las potestades necesarias para acceder a la documentación que emane de cualquier autoridad pública relevante para acreditar los hechos denunciados. El Defensor se pronuncia sobre los hechos sometidos a su conocimiento a través de recomendaciones. Estas recomendaciones son puestas en conocimiento del denunciante y, al mismo tiempo, de la autoridad cuya actuación ha sido impugnada, instándola a adoptar medidas que garanticen el cumplimiento de las recomendaciones. Los defensores carecen de fuerza coercitiva para imponer el cumplimiento de sus recomendaciones al ejecutivo, lo que suele restarle eficacia a las mismas, pero en caso de negativa por parte de la administración puede recurrir al parlamento, presentando un informe circunstanciado sobre el caso (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

El *Ombudsman* o Defensor del Pueblo también puede actuar de oficio, y lo hace en general cuando se presentan cuestiones que en su parecer son objeto de preocupación general o bien afectan a derechos colectivos y, por consiguiente, es improbable que sean objeto de una denuncia individual. En estos casos el defensor también posee facultades investigativas y se pronuncia a

través de informes, los que son remitidos al parlamento (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

Anualmente los *Ombudsman* informan de su gestión y de la situación general de derechos humanos a sus respectivos parlamentos.

Conjuntamente con lo anterior, son atribuciones de los Defensores del Pueblo impulsar acciones de promoción de los derechos humanos y generar una cultura de respeto de los mismos. Para el ejercicio de estas funciones, desarrollan campañas educativas y de difusión pública, están facultados para promover cambios legislativos y administrativos e instar por la ratificación e implementación a nivel interno de tratados internacionales de derechos humanos.

Como se observa, en muchos aspectos, las competencias del *Ombudsman* son bastante similares a las de las comisiones de derechos humanos. En ambos casos pueden recibirse e investigarse denuncias individuales. En principio, ninguna de esas instituciones está facultada para adoptar decisiones vinculantes, susceptibles de exigirse coercitivamente. Ambas constituyen lo que se ha denominado *magistraturas de persuasión*, esto es entidades que carecen de poder decisorio y poder coercitivo para imponer sus recomendaciones sobre otros poderes del Estado, estando facultadas sólo para *sugerir, recomendar y exhortar* a los órganos de la administración al correcto desempeño de sus funciones en un marco de respeto a los derechos humanos en todo su ámbito, estos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en su dimensión individual y colectiva (Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, <http://www.cajpe.org.pe/rj/>).

A pesar de las claras similitudes orgánicas y funcionales entre la institución del Defensor del Pueblo y las Comisiones de Derechos Humanos, sus diferentes competencias han determinado que algunos países hayan establecido y mantenido simultáneamente, ambos tipos de instituciones (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, folleto informativo núm. 19).

En Latinoamérica los regímenes jurídicos internos han adoptado esta institucionalidad nacional de protección de los derechos humanos, adscribiendo a ambos modelos institucionales. Puerto Rico instauró la institucionalidad y le asignó la denominación de Procurador del Ciudadano; El Salvador, Nicaragua y Guatemala, instauraron la Procuraduría de Derechos Humanos; Argentina

le asignó la denominación de Defensor del Pueblo de la Nación para denotar que su ámbito jurisdiccional es nacional; Colombia reconoce a la Defensoría del Pueblo, dependiente del Ministerio Público; Costa Rica ha establecido la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica; Nicaragua ha instituido una Procuraduría de Derechos Humanos; Perú, Panamá, Ecuador y Bolivia han adscrito la denominación de Defensoría del Pueblo; Paraguay ha utilizado la denominación Defensor del Pueblo; México y Honduras han establecido el Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (El Defensor del Pueblo en América Latina, en <http://www.defensoria.gov.ve>).

INSTITUCIONES ESPECIALIZADAS

También a escala nacional suelen existir entidades especializadas de promoción y defensa de derechos humanos, abocadas a conocer cuestiones de violación de derechos fundamentales que afectan particularmente a grupos vulnerables –minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, poblaciones indígenas, extranjeros, trabajadores migratorios, inmigrantes, refugiados, niños, mujeres, pobres y discapacitados–, y que tienen relación con conductas y acciones discriminatorias contra estos grupos y/o sus miembros. Estas entidades especializadas prestan asesoría a estos grupos o personas y supervisan el cumplimiento de las normas constitucionales y legales que regulan los derechos específicos de estos colectivos.

El IIDH ha destinado, desde el comienzo de la década de los noventa, especial atención al establecimiento y consolidación de aquellas instituciones que fortalecen los procesos de democratización de la región por la vía de promover y garantizar el pleno goce de los derechos humanos por parte de la ciudadanía. Esta prioridad institucional se ha materializado en la ejecución de un programa específico del IIDH destinado a brindar apoyo técnico para la creación del Defensor del Pueblo o instituciones afines, en aquellos países que aún no existe, y al mismo tiempo, apoyar y otorgar capacitación en materia de derechos humanos a los funcionarios que conforman estas instituciones (Elizondo y Aguilar, 2001). Actualmente el IIDH es la Secretaría Técnica de la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* (FIO) y del Consejo Centroamericano de Procuradurías de Derecho Humanos.

PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA GESTIÓN DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO E INSTITUCIONES AFINES

En 1991, el Centro de Derechos Humanos organizó una reunión técnica internacional a fin de examinar y actualizar la información relativa a las instituciones nacionales de derechos humanos existentes. A la reunión asistieron representantes de instituciones nacionales, Estados, las Naciones Unidas, sus organismos especializados, organizaciones intergubernamentales y organizaciones no gubernamentales.

Los participantes formularon un amplio conjunto de recomendaciones sobre la función y la composición, así como sobre el estatuto y las funciones de las instituciones nacionales de derechos humanos. La Comisión de Derechos Humanos en marzo de 1992 (resolución 1992/54) y la Asamblea General (resolución A/RES/48/134 del 20 de diciembre de 1993), hicieron suyas estas recomendaciones, instaurando los principios operativos que se reseñan en un documento conocido como los “Principios de París”.

Conforme a los “Principios de París”, corresponde al *Ombudsman* la promoción y protección de los derechos humanos, para lo cual deberán contar con el mandato institucional más amplio posible. Para el cumplimiento de este mandato las instituciones nacionales de defensoría del pueblo, deberán disponer de atribuciones específicas destinadas a formular consultas a los órganos del Estado –especialmente poder ejecutivo y legislativo– y elaborar dictámenes, recomendaciones, propuestas o informes sobre las cuestiones relativas a la protección y promoción de derechos humanos, y hacerlos públicos en caso que lo estimen conveniente.

Asimismo, actuarán de interlocutor para cuestiones relativas a derechos humanos con las instancias legislativas a escala nacional. A nivel internacional, asesoran a los Estados en la formulación de informes que sobre la situación de derechos humanos requieran los órganos especializados de derechos humanos, pertenecientes al Sistema de Naciones Unidas y los órganos regionales.

Se establece en los “Principios de París” que corresponderá a los defensores del pueblo instar por el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, con el fin de armonizar esta normativa con aquella adoptada en el seno de la comu-

nidad internacional. Se concluye asignando atribuciones específicas a los defensores en el ámbito de la educación de los derechos humanos como medida de promoción y difusión de los mismos.

Conforme a los Principios de París, no está en la prerrogativa de las defensorías del pueblo cuestionar –desde la perspectiva de los derechos humanos– las actuaciones del poder judicial, pero sí establecer relaciones de coordinación con los órganos jurisdiccionales para instar por el respeto y protección de los derechos humanos. Asimismo, establecerán coordinaciones con organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil para promover los derechos humanos y garantizar su pleno ejercicio. En este ámbito, están facultados para recibir denuncia de violación de derechos humanos y dotados de facultades especiales de conciliación.

Los Principios de París abogan por la independencia y autonomía de los defensores del pueblo, instando porque en su designación se adopten mecanismos que garanticen la representación pluralista de todos los sectores sociales.

La Comisión Andina de Juristas, por su parte, ha señalado que las defensorías del pueblo deben contar con un aparato administrativo propio e independiente, que les permita el cumplimiento de sus atribuciones sin subordinarse a los demás órganos del Estado o a la administración central, y ha definido cuatro principios básicos que deben guiar su modelo de organización:

- *El principio de desconcentración*, que permita una adecuada delegación de funciones del Defensor en los funcionarios de su dependencia que favorezca una gestión expedita y transparente, evitando la burocratización. El principio de desconcentración permite que el Defensor pueda delegar funciones en representantes desconcentrados territorial o temáticamente y garantizar su presencia en distintas áreas territoriales y/o desarrollar ciertas áreas temáticas de particular interés para el pleno goce de los derechos humanos;
- *El principio de coordinación*, que permita el establecimiento de relaciones de trabajo fluidas e interactivas entre la Defensoría y las instancias jurisdiccionales a las que corresponde conocer de las acciones judiciales

tendientes a obtener amparo judicial para el respeto de los derechos humanos y, asimismo, con las entidades de control de los órganos de la administración del Estado y servicios públicos en general;

- *El principio de participación*, que posibilite la intervención de la ciudadanía y colectivos interesados en el desarrollo de las funciones de la defensoría, a través del establecimiento de mecanismos de consulta como podría ser la instauración de un Consejo Consultivo u otras modalidades de consulta ciudadana, y
- *El principio de gratuidad*, que permita el acceso gratuito de la ciudadanía y colectivos interesados a la protección de la defensoría (Comisión Andina de Juristas en: <http://cajpe.org.pe/RIJ/BASES/INSTITUC/CG042.HTM>).

ESTÁNDARES MÍNIMOS PARA EL ESTABLECIMIENTO DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO E INSTITUCIONES AFINES Y COMPETENCIAS PARA LA PROMOCIÓN, PROTECCIÓN Y CONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Según puntualiza acertadamente Roberto Cuéllar, Director Ejecutivo del IIDH, es difícil estandarizar las condiciones mínimas para el establecimiento y eficaz funcionamiento de una oficina de *Ombudsman* a nivel americano. El contexto político, la realidad de cada país y la cultura de derechos humanos que se tenga, pueden incidir en que esos mínimos requisitos sean mayores o menores según sea el caso. Con estas reflexiones, Cuéllar enfrenta la disyuntiva que permite entender que lo que podrían ser requisitos básicos en un país con amplia tradición democrática e institucionalmente fortalecido, serían utopías en países con democracias incipientes o enfrentados a conflictos bélicos como consecuencia de las luchas sociales (Cuéllar, 2002).

No obstante, existe consenso en que podría hablarse de algunas condiciones *sine qua non* que deberían estar presentes para una gestión eficaz de *Ombudsman*. La primera condición es la legitimidad e independencia de la institucionalidad. A fin de garantizar esta legitimidad e independencia, constituye un primer imperativo jurídico que su creación sea establecida en la Constitución Política, que cuente con una ley reguladora que determine los

alcances específicos de su mandato, su reglamentación orgánica y las respectivas normas de procedimiento. Dotar a la institución de rango constitucional permite poner a resguardo de la eventual intervención e instrumentalización por parte de otros poderes del Estado, en particular del Ejecutivo (Elizondo y Aguilar, 2001).

En Latinoamérica la institución del Defensor del Pueblo ha sido establecida con rango constitucional en Argentina, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. En Ecuador, Costa Rica y Panamá han sido creadas por normas de rango legal (Elizondo y Aguilar, 2001). En el caso de Ecuador, su existencia fue posteriormente dotada de rango constitucional (1996). Lo mismo ocurrió recientemente (2004) en el caso de Panamá.

La generación de un adecuado marco normativo exige que se reconozca que la Defensoría del Pueblo es una institución autónoma e independiente, dotada de un patrimonio propio. Esta autonomía, funcional y administrativa, es condición necesaria para que la entidad cumpla eficientemente su función fiscalizadora de los actos de la administración pública.

La autonomía e independencia de la Defensoría se manifiesta en los mecanismos de nombramiento del Defensor o Defensora y, al mismo tiempo, de determinación de la respectiva asignación presupuestaria que garantiza su funcionamiento. La tendencia generalmente aceptada es que la designación del Defensor, e incluso en algunos casos de su adjunto, así como la aprobación del presupuesto de la entidad, corresponda a un órgano de amplia representación política y de generación popular como es el Parlamento, donde el pluralismo de su integración permitirá garantizar una elección más democrática que represente los intereses ciudadanos. Sin embargo, un riesgo evidente es que a través de este mecanismo se favorezcan acuerdos políticos partidarios que se centren en garantizar la alternabilidad política en la dirección de institución, y por esa vía comprometan la autonomía de gestión y sacrifiquen la calificación de méritos de sus titulares.

Para combatir esta situación, han surgido algunas iniciativas en el seno de las propias defensorías. Tal es el caso de la propuesta presentada –pero aún no aprobada– por la Defensoría de los Habitantes de Costa Rica a la Asamblea

Legislativa de ese país, en la que se sugiere que luego de finalizado su cargo, el titular de la Defensoría no pueda optar a un cargo de elección popular en el proceso electoral siguiente al cese de sus funciones (Elizondo y Aguilar, 2001).

Otra estrategia para evitar la hegemonía partidaria en el nombramiento del *Ombudsman*, ha sido el que se instauren mecanismos de consulta a la sociedad civil organizada. Hay interesantes experiencias al respecto. Panamá, previo a la aprobación de la Ley que creó la Defensoría, implementó un proceso de participación ciudadana donde fueron debatidos los alcances normativos del proyecto de Ley. Por otra parte, en Nicaragua se ha instaurado una fórmula que regula la participación de la sociedad civil y en la que se ha establecido que el Procurador y el Subprocurador serán electos por la Asamblea Nacional de listas propuestas por los disputados, en consulta con las asociaciones civiles pertinentes (Elizondo y Aguilar, 2001).

Respecto a la autonomía presupuestaria, resulta indispensable que el Poder Ejecutivo no tenga injerencia alguna en la designación de la glosa presupuestaria, el monto asignado y menos en la administración de los recursos. La experiencia ha demostrado que por esta vía se generan condiciones de presión que interfieren la labor fiscalizadora de la Defensoría.

En materia de competencia y para garantizar una eficaz protección de los derechos humanos, el *Ombudsman* debe tener injerencia sobre los actos de todos los poderes del Estado, sus autoridades y funcionarios susceptibles de lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos y/o de los grupos vulnerables amparados por los instrumentos de derechos humanos, a escala nacional e internacional. En este contexto, no puede escapar al quehacer de la Defensoría los actos de los Tribunales de Justicia, del Ministerio Público, de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Es importante resaltar que el quehacer estructurante del *Ombudsman* es la protección de los derechos humanos de los actos arbitrarios del Estado. Sin embargo, la práctica ha exigido incorporar al debate la necesidad de ampliar sus competencias permitiéndole actuar frente a ciertos poderes fácticos, susceptibles de violar derechos humanos de los ciudadanos, y frente a cuyo poder éstos quedan en la más absoluta indefensión. Nos referimos, por ejemplo, al poder ejercido por los terratenientes en las zonas rurales o por las grandes

empresas nacionales y transnacionales. La tendencia general es incorporar dentro del ámbito de competencia del *Ombudsman* las acciones de empresas particulares que cumplen una función pública y, en algunos casos, permitir la participación del *Ombudsman* en casos de violación de derechos humanos atribuibles a particulares, siempre y cuando se trate de una mediación en la que ambas partes han prorrogado la competencia del Defensor y han consentido libremente en someterse a su mediación.

Funciones y facultades de los *Ombudsman* o Defensor del Pueblo

PRINCIPALES FUNCIONES

Los *Ombudsman* o Defensorías del Pueblo están dotados de funciones y facultades o atribuciones específicas para el cumplimiento de los objetivos para los cuales han sido establecidos. A continuación se esbozan las principales funciones y facultades de estas entidades, así como los mecanismos a través de los cuales estas funciones son generalmente ejercidas.

INVESTIGACIÓN

La principal facultad de la Defensoría es la de investigar, es decir, iniciar y proseguir, de oficio o a petición de parte, cualquier indagación conducente al esclarecimiento de situaciones lesivas a los derechos humanos, así como de los actos y resoluciones de la Administración Pública o de los agentes estatales que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia de tales derechos. Esta amplia facultad de investigar ha sido establecida, entre otros casos, en la legislación de Perú (art. 9°, inciso 1), Guatemala (art. 13 y art. 14 inciso final), Argentina (art. 15 y 16), Costa Rica (art. 12) y El Salvador (art. 11, inciso 1, 2 y 7), (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Para el cumplimiento de esta función investigativa es indispensable que la Defensoría tenga plena facultad para inspeccionar las oficinas públicas, sin aviso previo, y requerir de ellas –sin costo alguno– la documentación e in-

formación necesaria para el éxito de la investigación, tal como ha sido establecido en la legislación de Perú (art. 16); El Salvador (art. 11, inciso 6 y art. 40); Costa Rica (art. 12 inciso 2), Guatemala (art. 14, inciso h), (Comisión Andina de Juristas, 1996).

MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN

La función de mediación y conciliación constituye un mecanismo de resolución de conflictos, a través de la cual la Defensoría actúa de mediador o conciliador entre la administración y el perjudicado. Este mecanismo ha resultado ser uno de los más eficaces, pues permite que la Defensoría actúe como garante en un proceso donde las partes convienen en una solución final del conflicto, que tiene la fuerza vinculante del acuerdo libremente consentido entre las partes.

En este caso el Defensor actúa como amigable componedor y favorece una solución amistosa entre las partes. Existe consenso, sin embargo, que esta facultad no puede ejercerse en caso de violación de derechos considerados irrenunciables por el ordenamiento jurídico, como son el derecho a la vida, la integridad personal, la libertad individual y aquellos considerados de lesa humanidad.

PROMOCIÓN Y EDUCACIÓN CIUDADANA

La Defensoría desarrolla programas de promoción y difusión de los derechos humanos, incidiendo especialmente en la educación y capacitación de derechos humanos. Para el ejercicio de esta función se puede coordinar con instituciones nacionales, internacionales y organizaciones de la sociedad civil que tienen competencia en materia de derechos humanos o educación, para coordinar acciones y coadyuvar en los necesarios procesos de cambio cultural y político que requiere una eficaz protección y goce de los derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1996).

INICIATIVA LEGISLATIVA Y PERFECCIONAMIENTO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

El Defensor del Pueblo debería contar con iniciativa legislativa en las materias de su competencia. En ejercicio de esta facultad se consigna la posibilidad de que el Defensor promueva reformas legales destinadas a modificar normas consideradas lesivas a los derechos humanos, perfeccionar el ordenamiento jurídico mediante la adopción de nuevas leyes y promover la firma y ratificación de tratados internacionales de derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1996).

OTRAS FUNCIONES

Además de las facultades antes identificadas, corresponden a los *Ombudsman* o Defensores del Pueblo las siguientes.

OBSERVACIÓN PREVENTIVA Y SEGUIMIENTO DE SITUACIONES

La observación preventiva es una facultad de monitorear situaciones que puedan generar violaciones de derechos humanos, ya sea por parte del Estado o por un grupo o colectividad. La observación puede realizarse de oficio o a petición de parte y se utiliza en general para monitorear las situaciones siguientes: la situación de derechos de grupos vulnerables (mujeres, niños, personas de la tercera edad, indígenas, desplazados internos); situación de detenidos en centros de detención y reclusión; situaciones de conflicto social o violencia política; situación de derechos económicos, sociales y culturales (Comisión Andina de Juristas, 1996).

LEGITIMACIÓN ACTIVA EN PROCESOS CONSTITUCIONALES

La legitimación activa es la facultad de la Defensoría de accionar en casos de vulneración de derechos humanos reconocidos por la constitución patrocinando alguna de las acciones constitucionales que allí se establecen tales como: recurso de amparo o *habeas corpus* y recurso de protección constitucional. No siendo factible asumir, por parte de la Defensoría todos los casos que demanden procesos constitucionales, se ha sostenido que el ejercicio de esta

facultad debe tener como presupuesto habilitante el carácter discrecional y excepcional de la actuación defensorial. La Defensoría deberá priorizar casos emblemáticos y/o aquellos en que el inculcado se encuentra en situación de amparo e indefensión (Comisión Andina de Juristas, 1996).

En todo caso, la Defensoría debe proporcionar la debida orientación a los ciudadanos para la adecuada interposición de las acciones constitucionales. Esta asesoría se puede otorgar mediante la asesoría legal al interesado o a través de la capacitación (Comisión Andina de Juristas, 1996).

EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PENAL (PROCURACIÓN)

Conjuntamente con lo anterior, corresponde al *Ombudsman* una labor de investigación y análisis de responsabilidad objetiva del Estado, lo que incluye la denuncia penal al Ministerio Público cuando se determine la comisión de algún tipo de delito, tal y como se determina en varios países de la región, como es el caso de Guatemala y Colombia. En estos casos, cuando el *Ombudsman* toma conocimiento de hechos que constituyen indicios de delitos penales, puede iniciar los procedimientos judiciales y debe contribuir con los resultados de su propia investigación en la decisión que pueda adoptar el juez (Cuéllar, 2002).

IMPULSAR DENUNCIAS INTERNACIONALES

En este mismo marco, el *Ombudsman* podría recurrir a instancias internacionales de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para el caso de la región americana, o brindar su opinión técnica ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.² Cuéllar, argumentando en este sentido da cuenta del caso del Defensor de Pueblo de Argentina quien ejerció una acción ciudadana ante la CIDH, a título de *parens patriae* o *class action*.

Esta facultad de accionar ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, prosigue Cuéllar, se vio fortalecida por la misma Asam-

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa núm. 23/1999.

blea General de la OEA cuando, en el año 2000, aprobó la resolución AG/RES 1701, en cuyo punto resolutivo 3 expresó:

Encomendar al Consejo Permanente que, en el marco del diálogo sobre el sistema interamericano, promueva la participación de aquellas instituciones nacionales involucradas en la promoción de los derechos humanos, tales como los Defensores del Pueblo, Defensores de los Habitantes, Procuradores o Comisionados de Derechos Humanos (*Ombudsman*) u otras figuras equivalentes (en Cuéllar, 2002:4).

MECANISMOS

En cuanto a las herramientas o mecanismos más comunes de que disponen los *Ombudsman* para el ejercicio de sus funciones cabe destacar.

LAS RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES

Los particulares recurren a la Defensoría a través de la formulación de quejas, por medio de las cuales ponen en ejercicio algunas de las facultades de esta entidad tendentes a proteger sus derechos esenciales.

Concluido el procedimiento de queja, ésta emite una resolución a través de la cual se pronuncia sobre el asunto sometido a su conocimiento. En la resolución el Defensor puede formular a las autoridades y funcionarios de la administración pública recomendaciones para enmendar conductas arbitrarias o ilegales, y adoptar nuevas medidas (Comisión Andina de Juristas, 1996).

Estas recomendaciones carecen de fuerza coercitiva. Sin embargo, existen algunas fórmulas destinadas a reforzar el valor y eficacia de las mismas, tales como censura pública por actos o comportamientos lesivos a los derechos humanos por parte de los agentes de Estado. Guatemala (art. 14, inciso d) y El Salvador (art.11, inciso 12 y 6 y art. 33) consagran este mecanismo (Comisión Andina de Juristas, 1996).

ELABORACIÓN DE INFORMES

Corresponde al *Ombudsman* presentar informes de sus actuaciones al Congreso Nacional, al menos anualmente. Está facultado, además, para presentar informes extraordinarios en circunstancias especiales que requieren de un informe temático especial. A través de los informes, el Defensor pone en conocimiento del Congreso y de la opinión pública sus actividades, entregando una especie de radiografía de la situación de derechos humanos del país al cual corresponde. La difusión y divulgación de tales informes es indispensable para legitimar la acción del Defensor en la sociedad y para promover el control ciudadano frente a acto de violación de derechos humanos (Comisión Andina de Juristas, 1996).

COMPETENCIAS ESPECÍFICAS DE LOS DEFENSORES DEL PUEBLO
EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS INDÍGENAS

La Federación Iberoamericana de *Ombudsman* y el Consejo Andino de Defensores del Pueblo ha formulado tres declaraciones donde se refieren a las competencias específicas de los Defensores del Pueblo e instituciones afines en la promoción, protección y reconocimiento de los derechos humanos en general, haciéndose en este marco mención expresa a la necesidad de promover, proteger y reconocer derechos específicos a los pueblos indígenas, en los términos que se expresan.

Estas declaraciones son: Declaración de Antigua, Guatemala, sobre Derechos Humanos y la Cultura de Paz, adoptada el 30 de julio de 1996; Declaración de Lima, adoptada el 5 de octubre de 2000, y Declaración de La Paz, adoptada el 14 de agosto de 2001. La Declaración de Antigua Guatemala sobre Derechos Humanos y la Cultura de Paz fue adoptada en el marco del Foro Iberoamericano de *Ombudsman* (FIO) que reunió a Procuradores, Comisionados, Proveedores de Justicia, Defensores de los Derechos Humanos y Presidentes de Comisiones sobre Derechos Humanos y Cultura de Paz, en donde participaron los *Ombudsman* de Argentina, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, México y Puerto Rico.

Allí fue establecido el compromiso de los defensores iberoamericanos para promover la aplicación de los principios que constituyen la base de la Carta

de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) y de otros principios internacionales relacionados con los ideales de paz, respeto mutuo y comprensión entre los pueblos, adscribiendo expresamente a los principios de paz, dignidad y valor de la persona humana y de justicia social.

La Declaración de Guatemala evidencia el compromiso de los Defensores del Pueblo que integran la Federación Iberoamericana por promover el pleno goce de los derechos humanos, pero no solo aquellos que corresponden a los derechos humanos de primera generación, sino que especialmente los derechos económicos, sociales y culturales como condición del pleno ejercicio de los primeros. Al respecto, los defensores declaran su plena convicción de que los “hombres y mujeres solo pueden satisfacer plenamente sus aspiraciones en un orden social justo y, por consiguiente, que es de vital importancia el desarrollo y respeto de los derechos económicos, sociales y culturales para contribuir a la construcción de la paz” (Federación Iberoamericana de *Ombudsman*, 1996: 2).

Conjuntamente, la Declaración hace suyos los principios de multiculturalismo, sobre los cuales se debe estructurar la democracia y el respeto de los derechos humanos. Señala que el respeto a los derechos humanos y la promoción de una cultura de la paz son los garantes del respeto a los valores de las diferentes culturas y su pacífica convivencia.

Sobre este punto señala la Declaración en su preámbulo: “...que la educación en derechos humanos y Cultura de paz es de vital importancia para alcanzar el respeto a los valores de las diferentes culturas, para posibilitar la convivencia pacífica, la armonía social y la efectiva participación en el desarrollo de la democracia”.

En este mismo marco, la Declaración reconoce la contribución de la UNESCO al Diálogo Intercultural, a la Cooperación y a la Integración Regional de América Latina y El Caribe y valora, por tanto, la filosofía y contenido del Programa de Cultura de Paz aprobado en la XXVIIª Conferencia General de UNESCO.

Con base en estas consideraciones, la declaración proclama que la construcción y fortalecimiento de la cultura de paz implica el conocimiento, respeto, protección y desarrollo de los derechos humanos tanto los civiles como políticos, como los derechos económicos, sociales y culturales y los de la tercera generación sin distinción alguna (párrafo 1).

Reconoce que en esta tarea corresponde un rol protagónico no solo a los Estados, sino también a los pueblos, estableciendo que la construcción de una cultura de paz requiere una acción continua y positiva de los Estados y de los pueblos, dirigida a la prevención de conflictos, la eliminación de amenazas varias a la paz, el respeto por el principio de la renuncia al uso de la fuerza, la solución de conflictos y el arreglo pacífico de las controversias, la tolerancia, el desarme y el desarrollo económico y social duradero (párrafo 2).

A través de esta Declaración, los *Ombudsmen* hacen suyo los valores universales fundamentales de respeto a la vida, la libertad, la justicia social, la solidaridad, la tolerancia y la equidad; así como la igualdad entre mujeres y hombres, el respeto a los derechos de las niñas y niños, los de las personas pertenecientes a minorías y los de las poblaciones indígenas y poblaciones desarraigadas.

A fin de garantizar la sustentabilidad de la cultura de la paz y el respeto de los derechos humanos en sociedades multiculturales, como aquellas que caracterizan a las comunidades políticas de Latinoamérica, la Declaración es categórica en afirmar que los principios democráticos que deben inspirar a estas sociedades son los de justicia, equidad, libertad y solidaridad, y no aquellos que emanan de la aplicación o imposición de modelos ajenos al contexto cultural e histórico de los pueblos (párrafo 7).

Conforme a la Declaración, los valores de la paz, los derechos humanos y la democracia emergen del pleno respeto y armónico ejercicio de derechos individuales y colectivos, a través de los cuales se protegen una amplia gama de derechos que incluyen intereses colectivos cuya titularidad corresponde no solo a los ciudadanos, sino también a otros colectivos que integran la comunidad política nacional e internacional como son los pueblos indígenas.

En el párrafo 9, la declaración establece:

Cultivar valores que favorezcan la paz, los derechos humanos y la democracia son tolerancia, solidaridad, voluntad de compartir y atención hacia los demás; el respeto al patrimonio cultural; la protección del medio ambiente, y la adopción de métodos de producción y pautas de consumo que conduzcan al desarrollo social. También es necesario que promueva el equilibrio y la armonía entre los valores individuales y los colectivos.

En esta Declaración, los *Ombudsman* iberoamericanos son enfáticos en señalar que la forma de instalar estos valores en la sociedad es la educación, se adhieren al programa de Cultura de Paz de la UNESCO, instando a la entidad para que cumpla una doble misión de promotores y defensores de los derechos humanos, y, además, proclaman la conveniencia de integrar un movimiento internacional que por medio del intercambio y contribución mutua de experiencias, facilite el cambio cultural de actitudes de violencia y exclusión como solución de divergencias, en actitudes de diálogo, tolerancia, consenso y participación, para lo cual acuerdan la creación de la “Red Iberoamericana de *Ombudsman* para la Cultura de Paz” (párrafo 10).

Por su parte, el Consejo Andino de Defensores del Pueblo,³ reunido en Lima el 5 de octubre de 2000, con motivo de su III Asamblea Anual, adoptó una declaración en la cual la entidad constata el carácter pluriétnico y multicultural de nuestras naciones y exhorta a los gobiernos, parlamentos, instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales a respetar escrupulosamente los derechos de los pueblos indígenas y afrolatinoamericanos en sus respectivos países, así como tomar especiales medidas de protección de sus derechos inalienables. En este marco, el Consejo Andino de Defensores del Pueblo asume el compromiso específico de impulsar acciones concretas para contribuir a debates nacionales y regionales en torno a la promoción de los derechos indígenas (párrafo 5).

La misma entidad reunida en La Paz el 14 de agosto de 2001, con motivo de la IV reunión anual del organismo, instó a los gobiernos, las instituciones

³ El Consejo Andino de Defensores del Pueblo, está integrado por los Defensores del Pueblo de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

públicas y privadas, y a la sociedad en su conjunto, a que inspirados por el espíritu que animó la realización de la III Conferencia sobre Racismo en la ciudad de Durban, Sudáfrica, unan esfuerzos en la erradicación de toda forma de discriminación racial, especialmente la dirigida contra las poblaciones indígenas y afroamericanas. Para estos efectos postularon que era necesario la adopción y/o el fortalecimiento de acciones de afirmación positiva a favor de estos grupos minoritarios, concebidas con el fin de permitir su real integración a la sociedad en condiciones de igualdad (párrafo 5).⁴

A partir del análisis de estas declaraciones surge la clara constatación de que en la misión de los Defensores del Pueblo está la consolidación en América Latina de un modelo democrático que reconozca y respete el carácter multicultural que le es característico y que, como consecuencia de dicho reconocimiento, garantice el pleno ejercicio de la ciudadanía multicultural de los pueblos indígenas.

Las nuevas tendencias de los derechos humanos han sepultado aquellas políticas que promovían la integración de los pueblos indígenas a las sociedades nacionales, instando en último término a su homogenización, dando paso a otras que, basada en el reconocimiento de los pueblos indígenas como unidades políticas diferenciadas, les reconocen derechos específicos tales como derechos políticos, derechos territoriales, derechos sociales, económicos y culturales, que emergen de sus particularidades étnicas y culturales.

Es a esta nueva generación de derechos a la que deben responder, en la actual coyuntura histórica, los Defensores del Pueblo en los países latinoamericanos. Los antecedentes examinados hasta el momento, según se evidencia a continuación en ocasión de los estudio de casos de diez países de la región, demuestran que los *Ombudsman* emergen como una instancia que, no obstante sus limitaciones, aparece como de gran relevancia para la protección, defensa y promoción de los derechos de los pueblos indígenas. Ello al asumir un conjunto de funciones e impulsar diversas acciones –en ocasiones en relación directa con las autoridades tradicionales y dirigentes indígenas– tendientes a lograr el reconocimiento y protección de sus derechos individuales y

⁴ El texto de las declaraciones referidas en los párrafos precedentes está disponible en la página web <http://www.defensoria.gov.ve>.

colectivos, permitiendo mayores grados de justicia –hasta hace poco negada– para estos pueblos y para quienes los integran.

Estudios de caso

MÉXICO

ANTECEDENTES GENERALES

De acuerdo a estimaciones actuales, la población indígena en México alcanza a casi trece millones, lo que representa alrededor de 12% de la población total. Según criterios etnolingüísticos dicha población se clasifica en 62 pueblos o grupos étnicos. Su distribución en el territorio nacional es desigual, concentrándose principalmente en los estados del sur y del sureste. A pesar de ser mayoritariamente rural, su presencia en zonas urbanas ha aumentado considerablemente. En numerosos municipios del país, sobre todo en Oaxaca, Guerrero y Chiapas, los indígenas son hoy mayoría.

Al igual que en los demás estados de la región, la población indígena de México es pobre. La mayor parte de la población indígena se encuentra en los municipios y estados que tienen los índices menores de desarrollo humano y social, donde la mayoría de los indígenas son campesinos minifundistas y jornaleros. En 2002, México ocupó el lugar 54 de 173 países con un Índice de Desarrollo Humano (IDH) de 0.796. Los tres estados de la región sur con mayor población indígena (Chiapas, Guerrero y Oaxaca), presentaban el IDH, la tasa de alfabetización, el índice de esperanza de vida al nacer y el PIB más bajos del país.

Históricamente la tierra ha estado al centro de las preocupaciones de los pueblos indígenas en México. Ello explica la participación indígena en la revolución agraria de 1910. La Constitución de 1917 inició un proceso de reforma agraria que benefició a cerca de tres millones de campesinos, mayoritariamente indígenas, bajo distintas formas de tenencia de la tierra (comunidades agrarias, ejidos y pequeñas propiedades).

Durante el siglo xx el Estado mexicano, bajo el control del Partido Revolucionario Institucional (PRI), basó su política indigenista en la educación, la reforma agraria y la infraestructura de carreteras y comunicaciones, con el objeto de “integrar a los indios a la nación”. A pesar de ello, las comunidades indígenas sobrevivieron a este proceso de aculturación y mantienen, hasta hoy, su identidad cultural como pueblos indígenas.

En 1992 fue reformada la Constitución abriendo el camino a la privatización de las tierras comunales indígenas, en el marco de un proceso de desarrollo económico integrado a la globalización, incluyendo al Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, que ha traído grandes cambios al mundo rural en el que vive la mayoría de los indígenas.

El debate nacional en torno a los derechos indígenas en México adquirió relevancia con el levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1994, el posterior diálogo que condujo en 1996 a la firma de los Acuerdos de San Andrés sobre identidad y cultura indígena entre el gobierno y el EZLN, y la reforma constitucional de 2001, que ha sido fuertemente impugnada desde las organizaciones indígenas y los organismos de derechos humanos (Stavenhagen, 2003).

MARCO JURÍDICO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las bases jurídicas de los derechos humanos en México se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPM), y en los tratados internacionales suscritos y ratificados por este país. La CPM define a los Estados Unidos Mexicanos como “una República representativa democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta Ley Fundamental” (artículo 40).

Las disposiciones más relevantes de la carta fundamental en materia de derechos humanos son:

- En materia de derecho a la vida, el artículo 14 que dispone que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, y el artículo 22 que prohíbe la pena de muerte por

delitos políticos y establece que esta solo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía y premeditación o ventaja, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

- En cuanto a la libertad personal, el artículo 1 de la CPM señala que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. En el mismo ámbito, el artículo 18 constitucional establece que sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. En este sentido, solo podrá privarse a un individuo de su libertad personal, cuando se le impute alguno de los delitos que merezcan pena corporal.
- En cuanto al derecho a la integridad personal, los artículos 20 y 22 prohíben toda “incomunicación, intimidación o tortura” y las “penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie... y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales”.
- En cuanto a las garantías judiciales, el artículo 13 prevé que nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. El artículo 14 establece la garantía de audiencia ante tribunales previamente establecidos donde se sigan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad, prohibiendo que en juicios del orden penal se impongan penas que no estén establecidas por leyes exactamente aplicables al delito que se trate. El artículo 16 establece el derecho de toda persona a no ser detenida sino por orden de aprehensión librada por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad, o en caso de delito flagrante. El derecho a acudir ante tribunales competentes, independientes e imparciales está reconocido por el artículo 17 constitucional. El artículo 19 establece que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, y siempre que de lo actuado aparezcan datos

suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido, y hagan presumible su responsabilidad. Por último, el artículo 20 establece las garantías judiciales a la libertad provisional bajo caución, a la falta de obligatoriedad de declarar, a no ser incomunicado, intimidado o torturado, a conocer dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a presentar los testigos y demás pruebas que ofrezca, a ser juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, a facilitarle todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, a ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa, y a ser informado desde el inicio del proceso de sus derechos.

- Finalmente, en relación a los derechos y deberes políticos en el derecho mexicano, el artículo 35 establece que son prerrogativas del ciudadano: votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en asuntos políticos del país. Asimismo, el artículo 36 establece que son obligaciones del ciudadano: "...votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley; desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y desempeñar los cargos concejiles del Municipio donde reside, las funciones electorales y las de jurado" (CIDH-OEA, 1998).

La otra fuente principal en el reconocimiento y protección de los derechos humanos en México son los tratados internacionales. México se ha incorporado al sistema internacional de protección de los derechos humanos mediante la firma y ratificación de diversos pactos y convenios. En el ámbito de la ONU ha ratificado las nueve principales convenciones de derechos huma-

nos.⁵ Junto a ello ha ratificado la mayoría de los tratados mencionados en la Declaración del Milenio⁶ 179.

En el ámbito americano las principales convenciones ratificadas por México incluyen la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, OEA (en 1982); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará” (en 1998); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (en 1996); el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte (en 1994), y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (2002) (IIDH, s.f.)

También México ha ratificado el Convenio (Núm. 169) sobre Derechos de Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT (publicado

⁵ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, 1989; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, 1948; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, 1951; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, 1990. Fuente: sitio Web de la Colección de Tratados de Naciones Unidas, Base de Datos “Estado de los Tratados Multilaterales Depositados con el Secretario General” (<http://untreaty.un.org/>).

⁶ El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Roma, Italia, 1998; la Convención sobre la Prohibición del Empleo, Almacenamiento, Producción y Transferencia de Minas Antipersonal y sobre su Destrucción. Oslo, Noruega, 1997; el Protocolo II sobre Prohibiciones o Restricciones del Uso de Minas, Armas Trampa y otros Artefactos, según fue enmendado el 3 de mayo de 1996, que figura en el anexo a la Convención sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Ciertas Armas Convencionales. Ginebra, Suiza, 1996; el Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático. Kyoto, Japón, 1997 (aún sin vigor); la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York, EEUU, 1989; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados. Nueva York, EEUU, 2000; el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía. Nueva York, EEUU, 2000; la Convención sobre la Diversidad Biológica. Río de Janeiro, Brasil, 1992; la Convención de Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África. París, Francia, 1994; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Nueva York, EEUU, 1979. *Ibid.*

en Diario Oficial de la Federación el 24 de enero de 1991 y entró en vigor el 5 de septiembre de 1991).

Sin embargo, en varios casos la ratificación de tratados internacionales ha sido hecha con reservas y declaraciones interpretativas, las cuales representan limitaciones a los derechos reconocidos en los instrumentos ratificados. Por otro lado, México también ha aceptado la competencia del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las ratificaciones pendientes, e incluso la ausencia de la firma en algunas convenciones, representan también obstáculos para el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales (OACDH, 2003).

Los tratados internacionales son observados por México de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 133, 89 fracción X, y 78 de la Constitución Nacional. No obstante lo anterior, en los últimos años se ha debatido en México la relación entre el orden jurídico interno y los tratados internacionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) modificó en 1999 su interpretación sobre la materia que equiparaba a los tratados internacionales con las leyes federales, estableciendo:

(...) los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.⁷

⁷ “Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, en un segundo plano respecto de la constitución federal”. Novena Época. Instancia Plena. Fuente: Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, noviembre de 1999, Tesis; P. LXXVII/99 p. 46, materia constitucional. Tesis aislada. Citado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 2003.

En abril de 2004, sin embargo, la Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Olga Sánchez Cordero, señaló que la iniciativa de reforma constitucional a favor de los derechos humanos enviada ese mes a la Cámara de Diputados por el presidente Vicente Fox, no era precisa en señalar la jerarquía normativa de los acuerdos internacionales y se mostró partidaria de una reforma del artículo 133 constitucional para que se clarificara la jerarquía de los acuerdos internacionales. Advirtió que ante la falta de precisión en la Constitución, se había dejado a la libre interpretación de los jueces la aplicación del derecho internacional en cada caso particular. Respecto de las posturas asumidas por la SCJN en relación a la jerarquía de los tratados internacionales, expuso que en distintos momentos ha establecido que los acuerdos eran superiores a las leyes federales, pero también que se encuentran en igualdad de jerarquía.⁸

DERECHOS INDÍGENAS

Al inicio de los noventa se introducen en México importantes reformas jurídicas relacionadas con el régimen de tenencia de la tierra, por un lado, y con los derechos indígenas por el otro. En el primer ámbito, el gobierno de Salinas de Gortari propuso la reforma del Artículo 27 constitucional con miras a modificar la estructura de la propiedad de la tierra resultante de 60 años de reforma agraria, y de promover la capitalización de la pequeña propiedad rural, el ejido y la comunidad, en el contexto previo a la incorporación de México al NAFTA.

Dicha iniciativa fue aprobada por el Congreso en enero de 1992⁹ 182. La reforma constitucional fue seguida por la promulgación de la Ley Agraria y la Ley Orgánica de Tribunales Agrarios (*Diario Oficial de la Federación*, 26

⁸ “Vaga la jerarquía de acuerdos internacionales en Constitución: SCJN”. Nota de prensa. CIMAC. México DF, 29 de abril de 2004. Ver: <http://www.cimacnoticias.com/noticias/04abr/04042914.html>.

⁹ Fracción VII del artículo 27: “Se reconoce la personalidad jurídica de los núcleos de población ejidales y comunales y se protege su propiedad sobre la tierra, tanto para el asentamiento humano como para actividades productivas. La ley protegerá la integridad de las tierras de los grupos indígenas. La ley, considerando el respeto y fortalecimiento de la vida comunitaria de los ejidos y comunidades, protegerá la tierra para el asentamiento humano y regulará el aprovechamiento de tierras, bosques y aguas de uso común y la provisión de acciones de fomento necesarias para elevar el nivel de vida de sus pobladores”.

febrero de 1992). Las referencias que la Ley Agraria hace sobre los indígenas y sus tierras son limitadas.¹⁰ La ley regula, sin embargo, la situación de los ejidos y comunidades, modalidades bajo las cuales se encuentran las tierras indígenas en la actualidad. Junto con reconocerse su personalidad jurídica y patrimonio, se establecieron mecanismos para hacer efectivos los derechos propietarios sobre sus tierras. Para estos efectos se creó el Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares (PROCEDE), entidad a la que corresponde otorgar certificados parcelarios, certificados de derechos y títulos de solares urbanos a los ejidatarios de aquellos núcleos agrarios que voluntariamente acepten participar en el programa.

El PROCEDE podrá autorizar a los ejidatarios para adoptar el dominio pleno cuando la asamblea así lo decide. A partir de la expedición del título respectivo, y de su inscripción en el Registro Público de la Propiedad, las tierras ejidales dejan de ser tales y quedan sujetas a las disposiciones del derecho común (arts. 9º a 97 Ley Agraria). Respecto a la propiedad comunitaria, en los artículos 98 al 107 se especifican los alcances de la forma de vida de las comunidades. Se establece también que a estos núcleos agrarios es factible aplicar todas las disposiciones que prevé la Ley Agraria para los ejidos, siempre y cuando no contravengan lo dispuesto expresamente en ella para las comunidades.

La reforma del Artículo 27 constitucional y la nueva Ley Agraria fueron acompañadas de reformas relativas a los derechos sobre recursos naturales y el medio ambiente. De particular importancia son la Ley Forestal (mayo de 1997), la que intenta proteger los derechos de los núcleos ejidales y comunales, así como de los pueblos indígenas sobre los recursos forestales existentes en sus tierras¹¹ y la modificación (1996) de la Ley General del Equilibrio

¹⁰ En su artículo 106 dispone que las tierras de los grupos indígenas deben ser protegidas en los términos del artículo cuarto y del segundo párrafo de la fracción VII del Artículo 27 constitucional; y en su artículo 164 dispone que en los juicios que involucren a tierras de los grupos indígenas, los tribunales deberán considerar sus usos y costumbres mientras no contravengan lo dispuesto en la ley ni se afecten derechos de terceros.

¹¹ Esta ley fue más tarde reformada por Ley de Desarrollo Forestal Sustentable de 2003 en que se establece, como objetivos en relación a los pueblos o comunidades indígenas, el respetar el derecho al uso y disfrute preferente de los recursos forestales de los lugares que ocupan y habitan; contribuir a su desarrollo socioeconómico y garantizar su participación en la aplicación, evaluación y seguimiento de la política forestal e impulsar entre ellos el desarrollo de la empresa social forestal y comunal.

Ecológico y la Protección al Ambiente de enero de 1988. En esta última ley se promueve la participación indígena en la administración y manejo de áreas protegidas (art. 47), se valora el conocimiento biológico tradicional, y se establece la participación de las comunidades así como los pueblos indígenas en la elaboración de programas de biodiversidad de las áreas en que habitan (art. 79).

La normativa constitucional y legal reformada fue objeto de múltiples críticas. Sectores campesinos e indígenas cuestionaron, el término del reparto agrario que venía siendo impulsado desde la época de la revolución mexicana, argumentando que no era efectivo que no existieran más tierras para ser distribuidas entre quienes carecían de ellas. Se cuestionó además la intencionalidad del gobierno al promover la reforma señalando que esta era una exigencia del Tratado de Libre Comercio más que a una necesidad real del agro mexicano. Las negativas consecuencias que la Ley Agraria tendría para los núcleos de población ejidal y comunal, y para los indígenas, fueron subrayadas (FIDH, 2002).¹²

En materia de reconocimiento de derechos indígenas, en 1991 la Cámara de Senadores del Congreso de la Nación ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, convirtiendo a México en el segundo Estado, luego de Noruega, en hacer suyo dicho Convenio. Un año más tarde, en 1992, se reformó el artículo 4° de la Constitución Política de México reconociéndose la composición pluricultural de la “Nación mexicana” y derechos de los pueblos indígenas.¹³ Las insuficiencias y vaguedades de esta reforma, contrastaron con

¹² Entre las críticas destacaban el término del régimen ejidal y la asignación de tierras en dominio pleno; la autorización otorgada al ejidatario para transferir sus derechos de uso o usufructo sobre su parcela prácticamente sin limitaciones; la facultad que otorga a los ejidatarios para transmitir el dominio de las tierras de uso común, —generalmente bosques, selvas, terrenos de agostadero— a sociedades mercantiles o civiles en las que participen el ejido o los ejidatarios; la insuficiente protección que otorga a las tierras de los asentamientos humanos, incluyendo los terrenos en que se emplaza la zona de urbanización del ejido y su fundo legal, así como a los solares en zonas de urbanización; la facilitación de los contratos o convenios de cesión de tierras de uso común a terceros; y la asimilación de las tierras de las comunidades (comunales) a las de las tierras de uso común de los ejidos, las que como dispone la ley, pueden aportarse a una sociedad o cederse su uso y disfrute (en FIDH, 2002).

¹³ Artículo 4° párrafo 1. “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas,

la claridad de los contenidos de la reforma del Artículo 27 constitucional que puso fin al reparto de tierras e intentó promover la privatización de las tierras ejidales e indígenas. Ello, junto a la inexistencia de una ley que reglamentara este artículo (4° constitucional) e hiciera aplicables los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en las distintas entidades federativas, provocaron la crítica y el desencanto de las organizaciones indígenas de México.

La manifestación más evidente del descontento indígena fue el levantamiento armado protagonizado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), integrado en gran parte por indígenas, en el estado de Chiapas en 1994, el día mismo en que México pasaba a integrar el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica (NAFTA). Producto de la presión ejercida en esa época por el movimiento indígena por reformas profundas en la relación de los pueblos indígenas con el Estado, basadas en el reconocimiento de su derecho a la libre determinación y a la autonomía, y en la necesidad de establecer la paz entre las partes en conflicto armado, es que el gobierno federal presidido por Ernesto Zedillo y el EZLN suscribieron en febrero de 1996 los llamados Acuerdos de San Andrés. Entre los múltiples acuerdos adoptados entre ambas partes en esa oportunidad se encontraba el reconocimiento de los pueblos indígenas en la Constitución mexicana así como de su derecho a la libre determinación.¹⁴

A fin de materializar los compromisos asumidos en San Andrés, el Congreso de la Unión creó una comisión plural llamada Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA), la que en noviembre de 1996 entregó a las partes firmantes del Acuerdo una propuesta de reforma constitucional. Dicha propuesta suponía una reforma a varios artículos de la Constitución listando una serie de derechos para un nuevo sujeto jurídico, los pueblos indígenas, siendo

culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”.

¹⁴ En el punto 3 de los compromisos contenidos en dichos Acuerdos se señalaba: “El derecho a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía asegurando la unidad nacional. Podrán, en consecuencia, decidir su forma de gobierno interna y sus maneras de organizarse política, social, económica y culturalmente. El marco constitucional de la autonomía permitirá alcanzar la efectividad de los derechos sociales, económicos, culturales y políticos con respeto a su identidad”.

el principal de estos derechos la autonomía.¹⁵ La propuesta de la COCOPA fue aceptada por el EZLN, pero rechazada por el gobierno federal, el que elaboró una propuesta alternativa de reforma que envió al Congreso para su aprobación en 1998. Dicha propuesta, a juicio de diversas organizaciones indígenas y analistas, restringía seriamente no solo la propuesta de la COCOPA, sino también los Acuerdos de San Andrés, sin dar cumplimiento a los compromisos allí adquiridos. Como consecuencia de este *impasse*, no hubo bajo la administración de Zedillo reforma constitucional relativa a los derechos de los pueblos indígenas.

En diciembre de 2000, el Presidente Vicente Fox repuso la iniciativa de COCOPA enviándola al Congreso de la Unión para su tramitación. No obstante el apoyo presidencial y la masiva movilización indígena en defensa de esta iniciativa, y sin que mediara una consulta a los pueblos indígenas sobre las modificaciones adoptadas por el legislativo, el Congreso Federal dio aprobación el 27 de abril de 2001 a una reforma constitucional que difiere significativamente de los Acuerdos de San Andrés y de la Propuesta de la COCOPA, y que a juicio de diversos analistas, es inconsistente con los lineamientos del Convenio 169 ratificado por México en 1991, y por tanto, parte integrante del ordenamiento jurídico, desde entonces.

¹⁵ De acuerdo a una síntesis de Magdalena Gómez, estos derechos eran: desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica; el reconocimiento de sus sistemas normativos internos en tanto no sean contrarios a las garantías individuales y a los derechos humanos, en particular los de las mujeres; acceder de mejor manera a la jurisdicción del estado; acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales; promover el desarrollo de los diversos componentes de su identidad y patrimonio cultural; interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia; concertar con otras comunidades la unión de esfuerzos y coordinación de acciones para optimizar sus recursos, el impulso a proyectos de desarrollo regional y la defensa de sus intereses; designar libremente sus representantes tanto comunitarios como en los órganos de gobierno municipal de conformidad con sus tradiciones, y promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones políticas, sociales, económicas, religiosas y culturales (Gómez, 2001).

DERECHOS INDÍGENAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (TEXTO REFORMADO EN 2001)**Artículo 2º:**

La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización, y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.

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:

I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales,

los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo

tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas.

Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el

extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquellos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Las reformas fueron rechazadas por el movimiento indígena. Los estados de México con mayor población indígena no la ratificaron. Más de 300 municipios indígenas presentaron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia para solicitar la nulidad del procedimiento, pero ésta las declaró improcedentes. Las críticas planteadas eran tanto de forma como de fondo. En la forma se cuestionó el hecho de que éstas no fueran consultadas en forma amplia con los pueblos indígenas. En el fondo, se consideró que dichas reformas eran contradictorias con los Acuerdos de San Andrés y la propuesta de la COCOPA y no satisfacían las demandas indígenas entre otros aspectos: eliminan el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de derecho público al definirlas como entidades de interés público;

eliminan el reconocimiento del derecho de los pueblos a sus tierras y territorios al reducirlos a “los lugares que habitan y ocupan las comunidades”; se acotan los derechos indígenas al ámbito de lo comunitario y lo municipal limitando gravemente su derecho a la libre determinación (FIDH, 2002).

A juicio del Relator de la ONU para los derechos indígenas, Rodolfo Stavenhagen:

Los pueblos indígenas se sintieron traicionados y descartados por estas maniobras. El hecho de que el Congreso no haya procedido a una amplia consulta sobre la reforma constitucional, como lo debería haber hecho de acuerdo a los compromisos adquiridos por México al ratificar el Convenio 169 de la OIT, motivó también quejas ante ese organismo (Stavenhagen, 2003: pág. 52).

DERECHO CONSUETUDINARIO Y ACCESO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A LA JUSTICIA

Con posterioridad a la reforma constitucional de 2001 que en su artículo 2º letra A reconoció como expresión del derecho de libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas el derecho de estos a “II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres”, y dispuso que “la ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes”, se han venido introduciendo a escala federal reformas legislativas en las que gradualmente se ha ido acogiendo el derecho consuetudinario e idiomas indígenas en la justicia estatal en materia procesal, penal y civil.

Así, el Código de Procedimientos Civiles (2004) dispone en relación con la competencia en los juicios en los que el demandado sea indígena, que esta recaerá en el juez del lugar en el que aquél tenga su domicilio, y si ambas partes son indígenas, lo será el juez que ejerza jurisdicción en el domicilio del demandante. En cuanto a la acreditación de la calidad de indígena, bastará la manifestación de quien así se considere (artículo 274 bis). Cuando el juez

tenga duda de ella o fuere cuestionada en juicio, se solicitará a las autoridades comunitarias la expedición de la constancia que acredite la pertenencia del individuo a un determinado pueblo o comunidad.

Otro derecho incorporado en el Código es el del intérprete, tanto para las partes como para los testigos, el cual se encuentra contemplado en sus artículos 107 y 180. Vinculado a este derecho, el artículo 271 reconoce el derecho de traducción de las actuaciones a la lengua de las partes que en ellas intervienen. Por último, el Código se refiere a los usos y costumbres de los pueblos indígenas. El artículo 222 bis, sobre este aspecto, expresa que “a fin de garantizarle a los indígenas, el acceso pleno a la jurisdicción del Estado en los procedimientos en que sean parte, el juez deberá considerar, al momento de dictar la resolución, sus usos, costumbres y especificidades culturales”.

En materia penal, el Código de Procedimientos Penales (2004) contempla normas similares al Código de Procedimientos Civiles en lo relativo al establecimiento de las competencias cuando el conflicto involucre como partes a indígenas y no indígenas (artículo 6°), y a la forma de acreditar que se es indígena (artículo 220 bis). El derecho al traductor está contenido en la fracción IV del artículo 128, la cual prevé que cuando el detenido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que deberán asistirle, deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura.

Respecto al intérprete, el artículo 15 expresa que “cuando intervengan en las actuaciones personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, deberán ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura, debiendo asentarse tal circunstancia en el acta respectiva”. El artículo 18 agrega que “cuando se trate de personas integrantes de pueblos o comunidades indígenas, el intérprete, además de tener conocimiento de su lengua, deberá conocer sus usos y costumbres”. El artículo 124 determina que “tratándose de personas pertenecientes a los pueblos o comunidades indígenas, tanto el defensor como el intérprete correspondiente deberán tener pleno conocimiento de su lengua y cultura”.

Finalmente, el Código Penal Federal (2002) hace referencia a los usos y costumbres. Así, su artículo 51 expresa que “dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente; particularmente cuando se trate de indígenas se considerarán los usos y costumbres de los pueblos y comunidades a los que pertenezcan”. La fracción V del artículo 52 agrega que al dictar sentencia el juez tome en cuenta “la edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, y cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres”. A juicio de López Barcenas, aquí se incurre en el mismo error que en materia civil pues se usa la vaga expresión usos y costumbres, cuando pudo hablarse de compatibilizar, y cuando la propia constitución se refiere a sistemas normativos indígenas (López Barcena; 2005).

LA COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS MÉXICO (CNDH)

ANTECEDENTES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los antecedentes más lejanos de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) datan del siglo XIX, con la promulgación de la Ley de Procuraduría de Pobres de 1847 que promovió Ponciano Arriaga en el estado de San Luis Potosí. Pero es hasta la segunda mitad del siglo XX, y como consecuencia de una demanda social en el ámbito nacional y de las transformaciones en la esfera internacional, que comienzan a surgir diversos órganos públicos que tienen como finalidad proteger los derechos de los gobernados frente al poder público.

Así, en 1975 se creó la Procuraduría Federal del Consumidor, teniendo como finalidad la defensa de los derechos de los individuos, pero no necesariamente frente al poder público. El 3 de enero de 1979 se instituyó la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el estado de Nuevo León, por instrucciones de su entonces gobernador, Pedro G. Zorrilla. Posteriormente, en 1983, el ayuntamiento de la ciudad de Colima fundó la Procuraduría de Vecinos, que dio pauta al establecimiento de dicha figura en la Ley Orgánica

Municipal de Colima del 8 de diciembre de 1984, siendo optativa su creación para los municipios de dicha entidad.

En mayo de 1985, la Universidad Nacional Autónoma de México estableció la Defensoría de los Derechos Universitarios, en 1986 y 1987 se fundaron la Procuraduría para la Defensa del Indígena en el estado de Oaxaca y la Procuraduría Social de la Montaña en el estado de Guerrero, respectivamente. Más adelante, el 14 de agosto de 1988, se creó la Procuraduría de Protección Ciudadana del estado de Aguascalientes, figura prevista dentro de la Ley de Responsabilidades para Servidores Públicos. Meses después, el 22 de diciembre, se configuró la Defensoría de los Derechos de los Vecinos en el municipio de Querétaro. Además, en la capital de la República el entonces Departamento del Distrito Federal estableció la Procuraduría Social el 25 de enero de 1989.

Los antecedentes más directos de la CNDH datan del 13 de febrero de 1989, fecha en que se crea la Dirección General de Derechos Humanos en la Secretaría de Gobernación. Un año más tarde, el 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial la Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un organismo desconcentrado de dicha Secretaría. Posteriormente, mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102, elevando a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dándose de esta forma el surgimiento del llamado Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos.

Finalmente, por medio de una reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de septiembre de 1999, dicho organismo se constituyó como una institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, modificándose la denominación de Comisión Nacional de Derechos Humanos por la de Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Esta reforma constituye un gran avance en la función del *Ombudsman* en México, ya que le permite cumplir con su función de proteger y defender los Derechos Humanos de todos los mexicanos. Su actual titular es el doctor José Luis Soberanes Fernández (CNDH, *Antecedentes de la CNDH*, s.f.).

La protección y defensa de los derechos humanos en México fue elevada a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 de la CPM. Esta disposición facultó al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecieran organismos especializados para atender las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa violatorios de derechos humanos por parte de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, así como para formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias, y denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes.

Con fecha 13 de septiembre de 1999 se reformó el artículo 102, apartado B constitucional, en el cual se señala que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios. El objetivo esencial de este organismo es la protección, observación, promoción, estudio y divulgación de los Derechos Humanos previstos por el orden jurídico mexicano (CNDH, *Antecedentes de la CNDH*, s.f.).

Artículo 102 B CPM

El Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.

El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará

con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

El Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.

La CNDH es regulada por ley de 23 de junio de 1992. Dicha ley dispone en su artículo 3° que esta entidad tendrá competencia en todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos cuando éstas fueren imputadas a autoridades y servidores públicos de carácter federal, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación. El mismo artículo establece que cuando en un mismo hecho estuvieren

involucrados tanto autoridades o servidores públicos de la Federación, como de las entidades federativas o municipios, la competencia será de la Comisión Nacional. Tratándose en cambio de presuntas violaciones a los Derechos Humanos en que los hechos se imputen exclusivamente a autoridades o servidores públicos de las entidades federativas o municipios, en principio conocerán los organismos de protección de los Derechos Humanos de la entidad de que se trate. Asimismo, corresponderá a la CNDH conocer de las inconformidades que se presenten respecto a las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas, a que se refiere el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por la no aceptación de sus recomendaciones por parte de las autoridades, o por el deficiente cumplimiento de las mismas.

De acuerdo al artículo 4° de la misma ley, los procedimientos que se sigan ante la CNDH deberán ser breves y sencillos, y estarán sujetos solo a las formalidades esenciales que requiera la documentación de los expedientes respectivos. Se seguirán además, de acuerdo con los principios de inmediatez, concentración y rapidez, procurando el contacto directo con quejosos, denunciantes y autoridades. El personal de la CNDH deberá manejar de manera confidencial la información o documentación relativa a los asuntos de su competencia.

La Ley entrega a la CNDH una amplia gama de facultades, incluyendo aquellas de defensa, protección e investigación, de mediación y de incidencia normativa.

Principales atribuciones de la CNDH (artículo 6° ley del 23 de junio de 1992)

- I. Recibir quejas de presuntas violaciones a Derechos Humanos;
- II. Conocer e investigar, a petición de parte o de oficio, presuntas violaciones de Derechos Humanos en los siguientes casos: a) Por actos u omisiones de autoridades administrativas de carácter federal; b) Cuando los particulares o algún otro agente social cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamen-

te a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas;

III. Formular recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas, en los términos establecidos por el artículo 102, Apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

IV. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades que se presenten respecto de las recomendaciones y acuerdos de los organismos de Derechos Humanos de las entidades federativas a que se refiere el citado artículo 102, apartado B, de la Constitución Política;

V. Conocer y decidir en última instancia las inconformidades por omisiones en que incurran los organismos de derechos humanos a que se refiere la fracción anterior, y por insuficiencia en el cumplimiento de las recomendaciones de éstos por parte de las autoridades locales, en los términos señalados por esta ley;

VI. Procurar la conciliación entre los quejosos y las autoridades señaladas como responsables, así como la inmediata solución de un conflicto planteado, cuando la naturaleza del caso lo permita;

VII. Impulsar la observancia de los Derechos Humanos en el país;

VIII. Proponer a las diversas autoridades del país, que en el exclusivo ámbito de su competencia, promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones legislativas y reglamentarias, así como de prácticas administrativas, que, a juicio de la Comisión Nacional, redunden en una mejor protección de los Derechos Humanos;

IX. Promover el estudio, la enseñanza y divulgación de los Derechos Humanos en el ámbito nacional e internacional;

X. Expedir su Reglamento Interno;

XI. Elaborar y ejecutar programas preventivos en materia de Derechos Humanos;

XII. Supervisar el respeto a los Derechos Humanos en el sistema penitenciario y de readaptación social del país;

XIII. Formular programas y proponer acciones en coordinación con las dependencias competentes que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenciones y acuerdos internacionales signados y ratificados por México en materia de Derechos Humanos;

XIV. Proponer al Ejecutivo Federal, en los términos de la legislación aplicable, la suscripción de convenios o acuerdos internacionales en materia de Derechos Humanos, y

XV. Las demás que le otorguen la presente ley y otros ordenamientos legales.

Su presidente durará en su cargo cinco años, y podrá ser reelecto por una sola vez (artículo 11) (<http://www.iidh.ed.cr/comunidades/ombudsnet/>).

ACTUACIÓN DE LA CNDH EN MATERIA DE DERECHOS INDÍGENAS

Con el objeto de atender de manera especializada el estudio, defensa y promoción de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el país, y en respuesta a las demandas que presenta este sector de la población, en febrero de 1998 comenzó a operar la Cuarta Visitaduría General de la CNDH. Dicha Visitaduría tuvo como antecedente la Coordinación de Asuntos Indígenas creada en 1992.

Dadas las características de la realidad de la población indígena (condiciones de marginación, aislamiento, pobreza, distinta visión cultural, lenguaje y situación geográfica) y las dificultades para tomar conocimiento y documentar las situaciones violatorias de sus derechos humanos –lo que se manifiesta en el desvanecimiento de evidencias, la imposibilidad de localizar a los agraviados o testigos, etcétera–, esta Visitaduría dio impulso al trabajo de campo, implementando brigadas de trabajo integradas por visitadores adjuntos, para asistir directamente a las comunidades indígenas en las que se presentan los casos a atender, y conocer de manera directa los factores que inciden en la problemática respectiva (www.chdh.org.mx).

De acuerdo con el Informe de las Visitadurías Generales de la CNDH para el periodo 1999-2004, el énfasis de la acción de la CNDH en materia de asuntos indígenas durante esta etapa estuvo puesto en su acercamiento a las comunidades indígenas a objeto de promover y difundir sus derechos humanos y de recibir las quejas que ellas presentasen; en el fortalecimiento de su vinculación con los poderes legislativos federal y estatales, y el diseño de acciones interinstitucionales de capacitación, promoción y difusión de los derechos humanos de los pueblos indígenas, reconocidos en la legislación nacional e internacional y promover la interculturalidad, la tolerancia y la no discriminación.

En cuanto a los resultados alcanzados, el mismo informe destaca que en materia de investigación de los derechos humanos el Programa de Asuntos Indígenas a cargo de la Cuarta Visitaduría emitió ocho recomendaciones derivadas del programa de quejas y 14 recomendaciones del programa de inconformidades, y se formalizaron 34 casos en conciliación.

LAS COMISIONES ESTATALES DE DERECHOS HUMANOS

De acuerdo al mandato del artículo 102 B de la CPM, las legislaturas de las entidades federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, pueden establecer organismos de protección de los derechos humanos. Con base en esta disposición se habían conformado a 2003 un total de 32 comisiones estatales de derechos humanos a lo largo del territorio nacional. En cuanto a sus características, estas comisiones son bastante similares, aunque no idénticas a la CNDH. Al igual que la CNDH se trata de un sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos. Algunas comisiones estatales, sin embargo, no gozan de la autonomía de que goza la CNDH, por lo cual su independencia respecto del poder ejecutivo estatal se ve limitada por razones presupuestarias y otras, como la facultad para proponer o designar a sus integrantes o consejeros.

Se discute además sobre la relación que debe existir entre la CNDH y las comisiones estatales. De acuerdo al Diagnóstico de Derechos Humanos en México elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH), algunos *Ombudsman*

locales se pronunciaron a favor de eliminar las facultades de la CNDH para dirigir recomendaciones a las comisiones locales, como consecuencia de las inconformidades presentadas contra éstas.

Señalaron que, si bien tanto los *Ombudsman* locales, como el nacional deben “mirar y ser mirados”, su *auctorita* no debe ser disminuida por sus homólogos mediante recomendaciones o por algún otro medio. Ello ya que en ningún país del mundo las recomendaciones de los *Ombudsman* son materia de apelación. Por otra parte, diversos *Ombudsman* han manifestado interés en mantener vigente el recurso de impugnación mediante el cual los interesados acuden a la CNDH ante la negativa de las autoridades locales para aceptar o dar cumplimiento a las recomendaciones de los *Ombudsman* de las entidades federativas. La experiencia de los *Ombudsman* locales hace evidente la necesidad de este mecanismo, ya que según lo expresa el presidente de la Comisión de Derechos Humanos de Chiapas, “representa una segunda posibilidad para que la víctima vea subsanados, en lo posible, sus derechos violados” (OACNUDH, 2003: 6).¹⁶

El recurso de impugnación en contra de resoluciones de las comisiones estatales en la práctica es utilizado, tal como se destaca en el Informe 2003-2004 de la Comisión de Derechos Humanos de Oaxaca. En el periodo del informe se iniciaron y tramitaron 2,020 expedientes de queja y se resolvieron un total de 2,113 procedimientos. En 26 casos los quejosos y/o agraviados interpusieron recursos de inconformidad, de los cuales la Comisión Nacional de Derechos Humanos había resuelto 22, todos los cuales habían sido desechados por ser improcedentes, infundados o por no existir materia para su interposición (Oaxaca, 2003, en: www.cedhoax.org).

¹⁶ Lo anterior se ve corroborado a partir de la lectura del siguiente texto, contenido en documentación proveniente del *Ombudsman* del estado de Yucatán: “(...) lamentablemente, 54% de nuestras recomendaciones no se han cumplido. Destacan en el cumplimiento las oficinas del gobierno estatal, que han aceptado y cumplido todas las recomendaciones, con excepción de la Procuraduría General de Justicia, que de las 12 recibidas ha aceptado 11 pero no ha cumplido ninguna, a pesar de que las violaciones documentadas corresponden a causas tan graves como tortura, dilación en la procuración de justicia, detenciones ilegales, retenciones injustificadas y violaciones a los derechos de menores de edad” (OACNUDH, 2003: 6).