

EL ARTÍCULO 2o. CONSTITUCIONAL ¿PREVALENCIA DE LA JUSTICIA INACCESIBLE PARA LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO?

Juan Jesús GÓNGORA MAAS*

SUMARIO. I. Introducción. II. Los derechos de los pueblos indígenas a través de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la época contemporánea. III. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho territorial indígena. IV. Conclusión: ¿existe una prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?

Cada vez que la justicia es inaccesible, el resultado es la injusticia

Modibo OCRON

I. INTRODUCCIÓN

América Latina vive en una realidad muy difícil: grandes niveles de marginación y pobreza. El panorama de la región apunta a que existen grandes brechas de desigualdad entre sectores de la población. Pese a que desde 1948 se han construido puentes para salvaguardar la dignidad del ser humano, la

* Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador asociado al Centro de Estudios en Derechos Humanos “Felipe Carrillo Puerto” de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del Máster “La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales”, impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

perspectiva indígena en México, y en el mundo, es muy desoladora; la evolución normativa se ha rezagado, en lo que se refiere a los derechos de grupos étnicos y minoritarios, y la protección especial que reclaman, no es una cuestión de buenas prácticas estatales, sino una obligación que le corresponde a la nación. De esta forma, uno de los principales derechos a los que aún se tiene renuencia de tutelar son los que tienen incidencia directa con las tierras que, ancestralmente, servían como base de su cultura.

En la historia de la humanidad, la propiedad, se ha regido por la premisa de *lo tuyo y lo mío*; sin embargo, el concepto actual de propiedad, viene anclado en el concepto de “derecho y desarrollo”, concepto que nació en los años sesenta como correlato a la primera teoría sobre el desarrollo: la modernización de las naciones.¹ Así, muchos pueblos que originalmente tenían la propiedad ancestral, por procesos de colonización, conquista y, en visiones más románticas de desarrollo, han tenido que perder parte de su identidad como pueblos al ser despojados dichos territorios. En la materia de los derechos de los pueblos indígenas en México, la interpretación del artículo 2o. constitucional se ha quedado muy limitada; en este contexto, las luchas indígenas de las últimas décadas en México —y en general en América Latina— se encuentran marcadas por los nuevos rumbos que el imperialismo capitalista ha tomado, para entrar en una nueva fase económica que diversos analistas denominan acumulación por desposesión.²

En este entendido, la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas puede manifestarse en cualquiera de los regímenes reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las diversas leyes que la regulan, particularmente la Ley Agraria. Así podemos encontrar tierras ejidales, comunales, terrenos nacionales (terrenos nacionales y baldíos) y pequeña propiedad. De estas formas de propiedad, la que predomina es la propiedad ejidal, pues 8 de cada 10 núcleos agrarios con población indígena son ejidos y sólo dos, comunidades.³

La importancia de la población indígena va más allá de su expresión demográfica, ya que los pueblos indígenas representan aproximadamente 10% de la población nacional; en cambio, participan en 22.9% de los ejidos

¹ Cfr. Merryman, J. *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement*, The American Journal of Comparative Law, vol. 25, 1997, p. 457.

² Véase Harvey, David, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004; Hinkelammert, Franz y Duchrow Ilrich, *La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad*, México, Driada, 2004.

³ López Bárcenas, Francisco, *Tierras y territorios indígenas*, p. 292. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3171/15.pdf>.

y comunidades del país. En síntesis, como propietarios de la tierra y de ciertos recursos naturales tienen una importancia relativa mayor que aquella referida sólo a la población. En la relación con la tenencia de la tierra, los núcleos agrarios con población indígena tienen una importante presencia en el ámbito nacional.⁴

De acuerdo con Miguel Bartolomé:

Para los pueblos indígenas en México la tierra es el elemento fundamental dentro del cual se inscribe la identidad colectiva, no representa sólo una especial adaptación productiva, sino también una compleja relación simbólica. La tierra es cultura en la medida en que ofrece un marco propicio para las relaciones productivas y simbólicas de la sociedad, incluso, ya que el territorio es el resultado de la articulación entre la población y su espacio, puede llegar a ser móvil si la población se desplaza”.⁵

Sin embargo, la propiedad indígena no siempre ha sido reconocida por la Constitución mexicana y, actualmente presenta diversas deficiencias bajo el nuevo esquema supranacional en el que se encuentra inmerso nuestro país.

II. LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A TRAVÉS DE LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN LA ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

1. Adición del artículo 4o. constitucional en 1992

En enero de 1992, después de casi 170 años de independencia y 75 años del Constituyente de Querétaro, nuestro país incorporó a su Constitución algunos derechos indígenas; esto por sí mismo representó un avance, pero no terminó con el retroceso, ya que el contenido material específico de la reforma no incluyó dos elementos fundamentales: la libre determinación y autonomía. La reforma del artículo 4o. constitucional puede verse como el resultado de diversos factores que operaron en la modificación constitucional, unos de carácter internacional, como los tratados y otros de índole interno, como el

⁴ López Bárcenas, Francisco, “Pueblos indígenas y megaproyectos: las nuevas líneas del despojo”, en revista electrónica *Contralínea*, octubre de 2012. <http://contralinea.info/.php/2012/10/21/pueblos-indigenas-megaproyectos-las-nuevas-rutas-del-despojo-archivo-revista/index/>.

⁵ Bartolomé, Miguel Alberto, *Gente de costumbre y gente de razón: las identidades étnicas en México*, México, Siglo XXI-Instituto Nacional Indigenista, 1997, pp. 86 y 87.

movimiento Zapatista de Liberación Nacional⁶ que desde 1986 empezaba a gestarse en nuestro país.

El primer párrafo del entonces nuevo artículo 4o. constitucional se integraba de tres elementos:

1. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas. 2. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo uso a la jurisdicción del Estado. 3. En los juicios y procedimientos agrarios en aquellos casos en que [los integrantes de los pueblos indígenas] sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.⁷

Sobre esta misma materia, existe otra disposición normativa contenida en el artículo 27, fracción VII, párrafo segundo, de la propia Constitución federal, donde textualmente expresaba, y que también actualmente expresa, que “[l]a ley protegerá las tierras de los grupos indígenas”. Se trata, pues de una norma introducida en el cuerpo de la Constitución en las reformas estructurales al marco jurídico en 1992, cuyo contenido se ha quedado sin posibilidad de ejercitarse porque no expresó, ni ha expresado, en qué consistiría la protección especial de las tierras de los grupos indígenas y la Ley Agraria lo reservó para reglamentarlo en el futuro, al introducir en su artículo 106, una disposición donde se expresa que “las tierras que correspondan a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional”.⁸

Si bien esta reforma reivindicó a la población indígena como sustento cultural de la composición pluricultural de la nación mexicana, en la parte correspondiente a los derechos específicos que la Constitución reconocía a los pueblos indígenas e integrantes se había quedado corta. Tampoco se logró superar el tinte proteccionista que ya había dejado atrás la legislación internacional.

⁶ Rabasa Gamboa, Emilio, *Derecho constitucional indígena*, México, Porrúa, 2002, p. 84.

⁷ *Ibidem*, p. 86.

⁸ Cabe hacer mención que después de la reforma de 2001 en materia indígena no existe una armonización legislativa, entre el nuevo texto constitucional y la Ley Agraria, pues aún en ella se contempla el artículo 4o. constitucional y no el 2o. como el que contiene y expresa los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, con el levantamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional el 1o. de enero 1994, se dejó entrever que la reforma de 1992 había fracasado al tratar de tutelar los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país en el artículo 4o. constitucional. Así, el diálogo llevado a cabo entre el gobierno y el movimiento zapatista se vio materializado en los Acuerdos de San Andrés, firmados el 16 de febrero de 1996, que a grandes rasgos fue el compromiso asumido por nuestro país en materia indígena, de legislar de una mejor manera los derechos humanos de los pueblos indígenas de acuerdo a la normativa internacional.⁹ A partir de esos acuerdos, la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) presentó una propuesta de reforma constitucional, que no fue aceptada por el gobierno federal, pero que derivaría en la reforma en materia indígena en 2001.

2. *El artículo 2o. constitucional de la reforma de 2001*

Para 2001 habían transcurrido nueve años desde que se reformó la Constitución, por primera vez en materia indígena, para insertar el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana sustentada originalmente en los pueblos indígenas.¹⁰ Esta nueva reforma, trataba de reconocer, a los pueblos indígenas como parte de la nación y sus derechos colectivos. En otras palabras, no se trataba de un proceso de reformar una ley que otorgara más derechos individuales a las personas que pertenecen a un pueblo indígena, sino de reconocer sujetos de derechos, con derechos específicos.¹¹

La nueva reforma constitucional abarcó la adición de un segundo y tercer párrafo al artículo 1o., la modificación en su integridad del artículo 2o., la derogación del primer párrafo del artículo 4o., la adición de un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción III del artículo 115.

⁹ Cfr. Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *Derechos y cultura indígena, los dilemas del debate jurídico*, México, Porrúa, 1998, pp. 19-21.

¹⁰ Cfr. Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, “El artículo 2o. constitucional ¿pluralismo jurídico en México?”, en Carpizo, Jorge y Astudillo, César, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 633.

¹¹ López Bárcenas, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Colección Legislación y Desarrollo Rural, 3a. ed., México, 2009, p. 51 y Hernández, María del Pilar, “México, las reformas constitucionales de 1992”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXVI, núm. 76, enero-abril 1993.

A estos artículos hay que agregar el artículo 27, fracción VII, párrafo segundo, que ya se había adicionado en la reforma de 1992.¹²

En lo relativo al artículo 2o. estableció el principio de unicidad e indivisibilidad de la nación mexicana como premisa de la composición pluricultural,¹³ se concentró toda la materia indígena en un solo apartado que antes lo compartía con otros temas y lo estructuró en dos partes: el primero incluye todo lo relativo a la autonomía y la libre determinación, y el segundo las responsabilidades del Estado mexicano para mejorar las condiciones de vida social y económica de las etnias que habitan en el territorio nacional.

En este contexto de reformas surgió la Controversia Constitucional 365/2001, promovida por el municipio de Santiago Juchitán de la Independencia en Oaxaca,¹⁴ el cual sostenía que promovían el amparo, contra la Reforma Constitucional en materia indígena publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el martes 14 de agosto del 2001, al considerar que:

PRIMERO. No existe en todo el texto de los artículos sobre los que ha recaído la correspondiente Reforma Constitucional, en materia de Derecho Indígena, ningún dispositivo Constitucional que haga mención, en el sentido SE LES RECONOCE A LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DISPERSOS A LO LARGO Y ANCHO DEL TERRITORIO NACIONAL Y QUE YA HABITABAN DESDE LA CONQUISTA POR LOS ESPAÑOLES EN EL AÑO DE 1521 SU DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA, DENTRO DE LOS MÁRGENES DE LA PROPIA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA QUE SE REFORMÓ, COMO SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO Y NO ÚNICAMENTE COMO SUJETOS

¹² *Idem.*

¹³ El pluralismo jurídico designa la posibilidad de más de una realidad y múltiples formas de acción práctica y diferenciaciones sociales en el ámbito del derecho. De ahí que la interculturalidad, entendida como la igualdad de culturas dentro de una nación, encuentren esta igualdad en el intercambio de recursos materiales y simbólicos de su propia cultura con la de “otros” para que se interrelacionen en condiciones de apertura plena, para que puedan reconocerse y ser reconocidas como distintas. Además, el concepto de nación evoca la unificación de pueblos, de esta forma rompe con la *pluriculturalidad de país*. Evidentemente esta igualdad cultural es una falacia en México, pues basta estudiar el presupuesto que la nación destina para el mejoramiento de las condiciones en las cuales las poblaciones indígenas se encuentran; el bajo presupuesto más que reconocer e incluir, excluye y extermina usos y costumbres. Véase Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*

¹⁴ En su momento, autoridades indígenas de poco más de 300 municipios de los Estados de Puebla, Veracruz, Guerrero, Chiapas, Oaxaca, Jalisco, Michoacán y Morelos interpusieron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en 2002 fueron desechadas por improcedentes. Puede consultarse la versión estenográfica de la sesión pública del 6 de septiembre en: <http://www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/VerEstenograficas/2002/Septiembre/PL020906.pdf>.

DE INTERÉS SOCIAL. Con lo cual se condena a nuestros Pueblos a continuar bajo la subordinación y discriminación que ha soportado por más de quinientos años; tomando en cuenta que el Municipio de Santiago Juxtlahuaca, Oaxaca, México, está compuesto por una población multicultural, principalmente de raza Mixteca y raza Triqui, cada una de las cuales tienen patrones propios y bien definidos de organización Social, Económica y Política, por lo que en tal virtud, las reformas hechas a los diferentes Artículos de la Constitución General de la República que han sido reformadas mediante el Decreto que se combate, son atentatorios de las mismas garantías individuales que a otros estratos sociales protege la Constitución General de la República.¹⁵

En este panorama, y pese a los esfuerzos de las comunidades que habían manifestado su inconformidad con la reforma indígena, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, en el Amparo en revisión 123/2002,¹⁶

¹⁵ Controversia constitucional. SCJN, Pleno, 6 de septiembre de 2002, 365/2001.

¹⁶ REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. CARECE DE INTERÉS JURÍDICO UNA COMUNIDAD INDÍGENA PARA RECLAMAR EN JUICIO DE AMPARO EL PROCESO RELATIVO. El interés jurídico para promover el juicio de amparo en contra de un proceso de reformas a la Constitución Federal, debe derivar directamente de los efectos que produzca en la esfera jurídica del quejoso la vigencia de los nuevos preceptos, al ser éstos los que pueden producirle un menoscabo. En ese sentido, cabe concluir que el juicio de garantías promovido por una comunidad indígena en contra del referido proceso en materia de derechos de los indígenas es improcedente, al no surtir el presupuesto de afectación a su interés, pues en los artículos constitucionales reformados se prevé una serie de derechos en su favor, como garantías mínimas que deben cumplirse, así como de acciones y obligaciones que deben ser realizadas por la Federación, los Estados y los Municipios, en sus respectivos ámbitos de competencia, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, eliminar prácticas discriminatorias, asegurar la vigencia de sus derechos, promover su desarrollo integral y abatir las carencias y rezagos que padecen, lo que lejos de perjudicarlos los beneficia, por lo que el perjuicio relativo no puede derivar de la manera en que el Órgano Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos decidió proteger a la población indígena, toda vez que el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia Ley Fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la Nación mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido. Asimismo, la falta de interés jurídico queda evidenciada con el hecho de que ante una hipotética sentencia que otorgara la protección constitucional contra el proceso de reforma constitucional en materia indígena, se ocasionarían perjuicios a la comunidad indígena quejosa en vez de beneficios, ya que no le serían aplicables las normas constitucionales que establecen derechos en su favor, pues en atención al principio de relatividad que rige las sentencias de amparo, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo, sus efectos no podrían ser los de obligar al Órgano Reformador de la Constitución a reponer el proceso de reformas a la propia Carta Magna, porque con ello se darían efectos generales a la ejecutoria, en contravención al principio aludido. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán, 4 de octubre

que la controversia constitucional no procedía contra del proceso de reformas y adiciones a la Constitución, que establece el artículo 135 de la Constitución federal, por virtud de que el artículo 105 del mismo ordenamiento, no prevé entre los sujetos que pueden ser parte en una controversia al órgano reformador que lleva a cabo ese procedimiento ni tampoco los actos que realiza, por lo que no pueden ser revisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁷

de 2002, Tesis 2a. CXLI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época t. XVI, noviembre de 2002, p. 455.

¹⁷ La Suprema Corte de Justicia de la Nación fundamentó su decisión en los siguientes criterios derivados de la Controversia Constitucional 82/2001 del Ayuntamiento de san Pedro Quiatón, en Oaxaca el 6 de septiembre de 2002: PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las legislaturas estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía y en la Tesis: P/J. 39/2002, Novena Época, SCJN, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002; Jurisprudencia Constitucional, p. 1136. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a este precepto constitucional, se desprende que la tutela jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (federación, estados, municipios y Distrito Federal) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivo de sus actos o disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen a la Norma Fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contempla dentro de los órganos, poderes o entidades que pueden ser parte dentro de una controversia constitucional, al Órgano Reformador de la Constitución previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones de gobierno; además de que se integra por órganos de carácter federal y locales, es a quien corresponde, en forma exclusiva, por así disponerlo la Constitución federal, acordar las reformas y adiciones a ésta, y de ahí establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno, sin que tampoco, al referirse el citado artículo 105, fracción I, a “disposiciones generales” comprenda

Pese a lo anterior, resultan preocupantes algunas cuestiones de la reforma al artículo 2o. constitucional. Una primera cuestión lo constituye el párrafo cuarto de dicho artículo al expresar que “[s]on 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”. Es decir, identifica a las comunidades¹⁸ como las que “conforman los pueblos indígenas” y “aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”. No obstante, en palabras de Francisco López Bárcenas, reconocerles personalidad jurídica similar a ambas puede llevar a situaciones donde las comunidades se nieguen a formar parte de los pueblos y entonces éstos queden desmembrados o, en el mejor de los casos, divididos y sin poder reconstruirse. Lo mejor hubiera sido dotar al primero de la titularidad del derecho y a la segunda como sujeto de derecho público a partir del cual se ejerce el derecho, pero como parte integrante de aquél. Así, las facultades de las comunidades serían delegadas por el pueblo indígena al que perteneciera.¹⁹

las normas constitucionales. Tesis P./J., 40/2002, SCJN, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002, Novena Época, p. 997.

¹⁸ México se ha adaptado al criterio internacionalmente reconocido, el cual tiene su fuente en el Convenio núm. 169 de la OIT que versa precisamente sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual en su artículo 1.1.b dispone que el tratado se aplicará: [a] los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o en el establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Por el contrario, un pueblo tribal es “un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones”. Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1.(a) del Convenio 169 de la OIT. Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párrafo 79.

¹⁹ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 55 y *Cfr.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 640. Estos dos últimos autores apuntan que la iniciativa de Cocopa reconocía en el artículo 115 la pertenencia de las comunidades a los pueblos indígenas. En la Reforma llevada a cabo por el Senado las comunidades son las unidades integrantes de los pueblos, en las que se conservan los usos y costumbres. Pero abren una interrogante: ¿qué pasa con las comunidades que han tenido que emigrar por necesidad económica a otras partes del país? ¿Por este fenómeno dejan de integrar un pueblo indígena?

Además de los pueblos y comunidades indígenas, el último párrafo del artículo 2o. reconoce que “sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”. Nuevamente López Bárcenas advierte que la redacción y el propósito de la norma son poco afortunados, pues de la misma manera que [los derechos humanos] previstos en la Constitución son para todos los gobernados, no pueden ser concebidos como favores que se hace a éstos, los “derechos” reconocidos en la Constitución Federal deben considerarse prerrogativas mínimas que los pueblos indígenas necesitan para existir como tales, desarrollarse y que sus miembros gocen de todos los derechos reconocidos a todos los mexicanos y no favores del Estado hacia ellos. Pero además de eso, no es claro cómo una comunidad que no forma parte de un pueblo indígena podría equipararse a las comunidades indígenas, si lo que las distingue precisamente es su existencia previa a la formación del Estado, continuidad histórica desde la colonización, según prevé la propia Constitución y su autoadscripción a un pueblo indígena. Si una comunidad no reúne estas características no pertenece a un pueblo indígena y no puede gozar de los derechos reconocidos a éstos, pues tampoco podrá equipararse; a menos que se entienda que se les parezca, en cuyo caso la naturaleza colectiva de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas se desnaturaliza al reconocer como titular de ellos a quienes no lo son.²⁰

Inmediatamente después de la enumeración de los sujetos titulares de derechos, la reforma a la Constitución incorpora el “reconocimiento” de los pueblos indígenas como sujetos de derechos públicos de la siguiente manera “[e]l reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas”. En esta expresión jurídica la Constitución no reconoce a los pueblos indígenas como sujetos públicos de derechos, pues sólo determina que serán las Constituciones de las entidades federativas que integran el Estado mexicano y su orden jurídico quienes los reconozcan. Lo que hace la Constitución federal es establecer los criterios que deberán tomarse en cuenta para identificar a los pueblos y comunidades indígenas que *podrían ser titulares de derechos* en las Constituciones estatales. pero lo más grave de esta remisión a los estados de la república para que reconozcan a los pueblos indígenas, se encuentra en que estando algunos pueblos asentados en varios estados, mientras no todos legislen de la misma manera, los derechos de un mismo pueblo indígena no serán reconocidos de igual forma, dando lugar a la discriminación que se buscaba

²⁰ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 56.

evitar, teniendo pueblos de diversas categorías, de acuerdo a cada entidad federativa donde se encuentren asentados.²¹

Tampoco se puede hacer una interpretación literal de esta disposición, sino sistemática, atendiendo a otras disposiciones constitucionales en la materia. Así, se puede afirmar que al establecer que el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía y que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas, lo que la Constitución federal establece es un conjunto o catálogo de derechos que serán regulados por la federación, los estados federales o conjuntamente, dependiendo de la materia que se trate y el reconocimiento o no de los pueblos indígenas corresponde a los estados. De esta forma, mientras los estados no reconozcan la existencia de un pueblo indígena dentro de su territorio, los derechos que se encuentran en la Constitución no podrán ser ejercitados y por tanto no son facultades de los estados legislar sobre éstos derechos. De no ser así, muchos derechos reconocidos en la Constitución federal no podrían hacerse efectivos porque su reglamentación corresponde al Congreso de la Unión, no a las legislaturas de los estados.²²

Otro derecho al que se hace referencia en la reforma constitucional consiste en “preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”. No obstante, se trata de una norma que permite a los pueblos indígenas realizar acciones que mantengan su cosmovisión, pero sin explicar cómo se hará ni establecer ninguna

²¹ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 58 y *Cfr.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 641.

²² *Ibidem*, pp. 57-59. Además, véase DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUELLA. El artículo 1o. de la Constitución federal establece que las garantías que otorgan no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, si son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea el federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor observancia y aplicación. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser garantizados para respetar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de su pueblo indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. Amparo en revisión 123/2002..., *cit.*, p. 446.

obligación del Estado para lograr tales objetivos. Lo anterior se complica si observamos que el derecho a proteger la cultura, es un concepto bastante ambiguo, sin expresar cómo se concretará la preservación y enriquecimientos de éstas culturas, quedando la disposición en una mera declaración.²³

Otro aspecto que resulta de especial interés y preocupación, derivado de la reforma de 2001, es que no se incorpora de manera plena la garantía de acceso prioritario al uso y disfrute de los recursos naturales. Así, en la fracción quinta del apartado A de dicho precepto constitucional se establece que mediante de la autonomía los pueblos indígenas tienen el derecho de “conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución”. Más que un derecho, esta fracción contiene una obligación para los pueblos y comunidades indígenas. En él se dice que tienen derecho, como parte de su autonomía, a “conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución”. Constreñir a una conducta de hacer no puede ser un derecho, además de que es muy confuso qué se puede entender por *hábitat*; pero independientemente de lo que sea, si la conservación de él y de las tierras se hará en los términos de la Constitución, ninguna novedad existe en que se exprese nuevamente, pues bastará con remitirse a aquella disposición donde ya se regula este “derecho”, cosa que se podría hacer aún si la reforma constitucional hubiera prescindido de esta norma,²⁴ es decir las leyes secundarias en la materia.

La sexta fracción del artículo 2o. constitucional no contiene ningún derecho sino condiciones para que puedan ejercer derechos que no se exigen al resto de los mexicanos. En ella se lee que los pueblos y las comunidades indígenas pueden:

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.

En esta norma no se reconoce ningún derecho porque se refiere a derechos ya reconocidos en la propia Constitución federal. Dice que los pueblos

²³ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 64.

²⁴ *Idem*, *cf.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 644.

y comunidades indígenas pueden acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan u ocupan, lo cual no les estaba prohibido antes de la reforma y podían hacerlo sin violentar el orden jurídico vigente. Sólo que ahora para hacerlo tendrán que cumplir diversas condiciones.²⁵ Además, la redacción omite el derecho de acceder de *manera colectiva* al uso y disfrute de sus tierras y territorios.²⁶

La *primera condición* es que lo hagan respetando las formas y modalidades de propiedad de la tierra que, de acuerdo al artículo 27 constitucional, son la propiedad privada, pública (la que pertenece a los órganos del Estado) y social (ejidal y comunal), lo cual es lógico en un Estado de derecho, por lo que resulta un exceso insistir tanto en ello; la *segunda condición* es que se respeten los derechos de terceros y de integrantes de la comunidad que se trate, lo cual también resulta excesivo anotarlos en la Constitución pues son reglas del derecho común contenidas en diversas legislaciones secundarias, con la agravante de que ahora los pueblos indígenas no podrán tener derecho preferente sobre los recursos naturales de los lugares que habitan u ocupan, si existe algún tercero que por cualquier vía, así sea ilegal, haya adquirido algún derecho, aunque fuera precario, sobre las tierras donde se encuentran. Por último, la *tercera condición*, que en realidad es más una restricción para que los indígenas accedan de manera preferente a los recursos naturales de los lugares que habitan es que no podrán hacerlo tratándose de áreas estratégicas.²⁷

²⁵ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 65. También puede verse en el mismo sentido: González Galván, Jorge Alberto, “Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXXIII, núm. 97, enero-abril 2000.

²⁶ La omisión del *derecho a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de sus tierras y territorios* es un punto central de la crítica hecha por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional. No hay forma de que los pueblos indígenas puedan acceder a la propiedad de la tierra ni a su uso ni a su goce. A partir de la colonización española, les fueron arrebatadas sus tierras y territorios, desplazados y forzados a la servidumbre. La organización de la propiedad privada y tenencia de la tierra no reconoce más derechos que el que ha otorgado el Estado mexicano. Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 644.

²⁷ López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 65. El Poder Judicial federal en una interpretación bastante ilógica de esta disposición constitucional, ha expresado en una tesis aislada, que en ella se protegen los derechos territoriales de los pueblos indígenas. La tesis de referencia expresa: DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE EL PRINCIPIO TERRITORIAL DE SUS PUEBLOS Y EL DERECHO PREFERENTE DE LAS COMUNIDADES AL USO Y DISFRUTE DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS LUGARES QUE OCUPAN. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, establece como uno de los aspectos de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, la conservación y el mejoramiento de su hábitat, la preservación de la integridad de sus tierras y el derecho de acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de

Sin embargo, el mayor desacierto fue una omisión importante: la reforma no estableció los medios jurisdiccionales para defender los derechos autonómicos en caso de que sean violados por cualquier autoridad y el amparo, que era eminentemente individual, no funcionaba para proteger derechos colectivos.²⁸

3. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011*

La pasada reforma del 10 de junio de 2011 fue un parteaguas para poner en marcha un nuevo sistema basado en la internacionalización de la protección de los derechos, al permitir la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y dotarlos de rango constitucional; estas nuevas modificaciones involucran cambios a la denominación del capítulo I del título primero, denominándolo “De los derechos humanos y

los lugares que ocupan, salvo aquellos que correspondan a áreas estratégicas. De lo anterior se advierte que dicho precepto consagra el principio territorial de los pueblos indígenas a reconocer su unidad con los territorios que ocupan y su hábitat, y por tanto, el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan dentro de los establecidos en la Constitución federal y en las leyes de la materia, en debido respeto a su derecho a decidir su forma interna de organización económica, para lo cual se establece la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco constitucional que exige el respeto a derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XVI, noviembre de 2002, p. 445. Amparo en revisión 123/2002..., *cit.*

²⁸ Dicha falta se vio subsanada posteriormente con la reforma de amparo efectuada en el 2013 en la que se agregó el concepto de interés legítimo. Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su libro *Juicio de amparo e interés legítimo* refiere que “es una situación jurídica que se ostenta por relación de la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer, exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir respeto del ordenamiento jurídico y en su caso de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que se de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo [en concreto en el derecho administrativo] cuando una conducta... es susceptible de causar un perjuicio o un beneficio en la situación fáctica del interesado, reconocida o aceptada por el derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, ni la contraparte una obligación correlativa, pero sí a reclamar ante los tribunales la observancia de las norma jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso el titular del interés legítimo está facultado para intervenir en el procedimiento y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales, relacionados con el mismo fin de defender una situación de interés”. Tron Petit, Jean Claude, INTERÉS LEGÍTIMO, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Poder Judicial de la Federación, 2014, p. 711

sus garantías”, así como a los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105 fracción II de la Constitución Política,²⁹ además se establece una figura sumamente novedosa para los juzgadores mexicanos, el control difuso de convencionalidad, los principios *pro persona*, indivisibilidad, universalidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos, la cláusula de interpretación conforme y la prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos, como obligaciones del Estado mexicano frente a las violaciones de derechos humanos.

Ahora bien, el principio *pro persona* quedó plasmado con la nueva reforma constitucional en el artículo 1o. de nuestra Constitución, expresando en su segundo párrafo “que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; se impone al mismo tiempo la cláusula de interpretación conforme”,³⁰ en respuesta al control de convencionalidad.³¹ Así el principio *pro persona* es el criterio que deberá orientar a las autoridades cuando se enfrenten a posibles antinomias o discordancias entre la Constitución y los tratados internacionales en derechos humanos.

La primera vez que nuestro país tuvo un acercamiento directo con el control de convencionalidad fue en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, emitido por la Corte Interamericana, en la cual este organismo consideró que:

339. [El Tribunal es] consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas

²⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 47.

³⁰ *Cfr.* Caballero Ochoa, José Luis, “Cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*”, en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 119.

³¹ El Control de Convencionalidad tiene un carácter difuso, es decir, debe de ser aplicado por todos los jueces nacionales —y por tanto en nuestro caso— federales y locales “a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los estados que han reconocido la jurisdicción”. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 57.

internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³²

Dos de los grandes aportes del caso Radilla en el ordenamiento jurídico mexicano fueron, por una parte, que por primera vez se declaró la inconvencionalidad de normas legislativas (Código de Justicia Militar y El Código Penal Militar) y, por otro lado, representó el primer fallo internacional donde existió una obligación precisa de los jueces mexicanos para aplicar, no sólo los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino ahora, la jurisprudencia convencional del Tribunal Interamericano.³³

Para 2011, la jurisprudencia convencional de la Corte Interamericana había tenido un avance muy importante y trascendental, que se vio cristalizado en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México,³⁴ ya que la

³² Corte IDH, caso Radilla Pacheco *vs.* México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrafo 339.

³³ *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *op. cit.*, p. 233.

³⁴ El control de convencionalidad *ex officio* tiene un origen netamente mexicano, surge a raíz de una serie de votos razonados del ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez en casos como Mirna Mack Chang *vs.* Guatemala donde estableció: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en juicio y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH”, en el caso de Tibi *vs.* Ecuador, desarrolló la idea de “Si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de estos actos”, y por último el caso de Vargas Areco *vs.* Paraguay aludió a que el “[c]ontrol de convencionalidad está fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana”. Es hasta el caso de Almonacid Arellano *vs.* Chile de 2006 que el pleno de la Corte IDH de manera vinculante habla de un control de carácter difuso dirigido a los jueces de los Estados que ya habían reconocido la jurisdicción de la Corte, encaminándolos a realizar un examen de compatibilidad entre los actos y las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos y la jurisprudencia de la Corte, sin embargo éste nuevo concepto debía ser solicitado por la parte interesada, ésta posición cambió cuando la Corte eliminó ése carácter de solicitud al juzgador interno y se estableció de oficio en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso *vs.* Perú del mismo año. *Cfr.* Corte IDH, caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C núm., 101, voto razonado Sergio García Ramírez párrafo 56; Corte IDH, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado Sergio García Ramírez, serie C, núm. 114, párrafo 42; Corte IDH, caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, voto razonado Sergio García Ramírez, serie C, núm. 155, párrafo 64; Corte IDH,

Corte amplió su sentido y alcance, al precisar que todos los órganos del Estado se encuentran obligados frente a la Convención Americana, rompiendo de esta manera uno de los supuestos obstáculos de los Estados —México incluido— sobre una pretendida “dificultad” para determinar la competencia de los organismos internos y su alcance ante una sentencia de la Corte IDH o la aplicación de sus criterios jurisprudenciales. De igual manera se precisó que todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, es decir, todos los jueces con independencia de su adscripción formal al Poder Judicial realicen funciones jurisdiccionales, están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.³⁵

De este modo, el propósito primordial del control de convencionalidad, y también de la cláusula de interpretación conforme, no es y en primer lugar meramente resolver cuestiones de colisión normativa o declarar la invalidez de una norma inconventional, sino preferentemente la expansión de los derechos y su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo “una actividad creativa” que haga compatible la norma nacional de cara al parámetro convencional y al preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las inconventionales o las que brinden menor efectividad a la protección de los derechos humanos. De este modo, estamos en un diálogo entre la norma nacional e internacional, mediante la interpretación de disposiciones constitucionales y convencionales, desde el artículo 29.b de la CADH hacia la Constitución mexicana y de manera inversa mediante el artículo 1o., párrafo segundo, constitucional. Así, queda integrado un bloque de convencionalidad —que debe ser observado por los operadores de

caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154 y Corte IDH, caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros *vs.* Perú), sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158.

³⁵ Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrafo 225. En palabras de la Corte IDH: “225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

justicia (carácter difuso del control de convencionalidad)—, en relación con la incorporación a un *nuevo bloque de constitucionalidad*, previsto en el nuevo artículo 1o., primer párrafo. Este bloque de constitucionalidad contiene la dimensión de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad debe atender al control de convencionalidad en la medida que la Constitución debe interpretarse de manera armónica con los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional. El bloque de constitucionalidad toma en cuenta no sólo la Constitución, en su sentido integral y completo, sino también la interpretación de la CADH y la jurisprudencia interamericana, en el sentido más favorable.³⁶

Estas nuevas adaptaciones constitucionales fueron un refuerzo a muchos deberes y obligaciones que ya se encontraban vigentes y que derivaban de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país. Ello no significa demeritar el sistema, por el contrario, es un paso sin el cual no tendría un progreso significativo en esta área, sin embargo, a pesar de estas nuevas adaptaciones al sistema jurídico mexicano, en materia de protección de derechos humanos, no podemos ignorar la función que el Poder Judicial Federal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido en la interpretación de esta nueva estructura constitucional, que cabe precisar, no sólo repercute en los derechos territoriales indígenas, sino en los derechos de la población en general.

Con la discusión del expediente varios 912/2010, relativo a las acciones que el Poder Judicial debería desplegar para dar cumplimiento a la sentencia del caso Radilla Pacheco, la Suprema Corte de Justicia estableció el “carácter” que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tendría dentro del ordenamiento jurídico nacional; así, consideró que todas aquellas decisiones en las cuales el Estado mexicano sea parte demandada, tendrán un carácter de observancia obligatoria y, por otro lado, en los casos en los cuales México no sea la parte demandada, los criterios tendrán un efecto orientador para el juzgador, siempre atendiendo a la interpretación más favorable para la persona. La distinción de estos criterios, en 2013, fueron nuevamente retomados por el Pleno de la Suprema Corte, en la contradicción de tesis 293/2011. En ésta nueva discusión, la Suprema Corte de Justicia, en una decisión bastante ilógica, consideró, por una parte, que toda la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana sería *vinculante* para los juzgadores del país, sea México el Estado demandando o no, pero que siempre que existiera una restricción expresa contenida en la Constitución, se deberá atender a ésta.

³⁶ Cfr. *Ibidem*, párrafos 37 y 41.

Finalmente, el Pleno de la Suprema Corte mexicana, estudió el expediente varios 1346/2011, relativo a los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú de la Corte Interamericana, y estimó que para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, estimaba adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, *si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011.*

Ahora, en lo que respecta al tema que nos ocupa: ¿qué incidencia e importancia tienen estas interpretaciones en materia de derechos territoriales indígenas? Si tomamos en cuenta que la Suprema Corte mexicana ha validado que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante a nuestro país, debemos tomar en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es muy basta, en cuanto a las temáticas que ha abordado, siendo la problemática indígena la que ha encontrado mayor desarrollo en los estándares interamericanos. En otras palabras, los estándares en materia indígena desarrollados por la Corte Interamericana, debieran ya estar reflejados en la legislación mexicana, ya que, como enfatiza Mariela Morales,³⁷ se está frente a un sistema de *gobernanza supranacional latinoamericana* que son parte de la Convención Americana y, por tanto, debieran observar los estándares mínimos para la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Así, el Estado no puede dar marcha atrás en las normas, políticas y programas que supongan un avance en el respeto, la protección y garantía de los mismos. Todo lo anterior reviste una importancia específicamente por el contexto económico, político, jurídico y social marcado por iniciativas de ley e incluso reformas constitucionales que están dando marcha atrás a las conquistas históricas de trabajadores, campesinos, pueblos indígenas y los sectores vulnerables.³⁸

³⁷ Véase Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en America Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

³⁸ Gutiérrez, Rodrigo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos”, en Cervantes Alcayde M. *et al.*, *¿Hay justicia para los derechos económicos,*

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHO TERRITORIAL INDÍGENA

1. *El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como andamiaje jurídico de la propiedad territorial de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano*

El artículo 21 de la Convención Americana consagra el “derecho a la propiedad privada”, no obstante, durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó por “[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público” por la de “[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social”. Es decir, se optó por hacer referencia al “uso y goce de los bienes” en lugar de “propiedad privada”.³⁹ El concepto “bienes” fue definido por la Corte Interamericana en el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*, considerando:

Que los “bienes” pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.⁴⁰

sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 104-106.

³⁹ En el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada fue uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Desde el primer momento las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención.

⁴⁰ Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párrafo 122. En el mismo sentido: Corte IDH, caso *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C núm. 125, párrafo 137; Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm.79, párrafo 144.

Tradicionalmente el derecho a la propiedad ha sido considerado en su forma individual, ya que hace referencia a la “persona”, sin embargo, la Corte Interamericana cuando conoció del caso *Mayagna Sumo (Awás Tigni) vs. Nicaragua*, determinó el alcance comunitario del derecho a la propiedad territorial⁴¹ pues estipuló que:

Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.⁴²

En este sentido, ha sido jurisprudencia contante del Tribunal Interamericano que el artículo 29.b) de la Convención señala que “ninguna disposición de la misma, podrá ser interpretada de manera que se limite el goce y ejercicio de otro derecho o libertad que pudiera estar reconocido por otra Convención en la que el Estado sea parte”. La Corte Interamericana, citando a la Corte Internacional de Justicia, resaltó la importancia de tomar en cuenta el sistema jurídico en el cual se inscriben y el momento en que la interpretación tiene lugar.⁴³ De lo anterior se concluyó que mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, la Corte Interamericana consideró que el artículo 21 de la Convención protegía el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.⁴⁴

⁴¹ González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch-Tratados, 2013, p. 432.

⁴² Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna Sumo..., *cit.*, párrafo 146. En dicho caso la Corte Interamericana, aplicando su jurisprudencia sobre la dimensión evolutiva de los derechos humanos, arribó a una interpretación más extensiva en el caso de la propiedad territorial indígena. Véase Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99 de 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párrafo 114. *Cfr.* Eur. Court H.R., *Tyrer vs. The United Kingdom*, 5856/72, judgment of 25 April 1978, series A núm. A26, párrafo 31.

⁴³ Corte IDH, *El derecho a la información...*, *cit.*, párrafo 113.

⁴⁴ *Cfr.* Corte IDH, Comunidad Mayagna... *cit.*, párrafo 148. CIJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 16-31.

Si bien, el Tribunal Interamericano determinó que el artículo 21 consagra el derecho a la propiedad del territorio de los pueblos indígenas en su carácter colectivo, también ha considerado pertinente analizar esta disposición de la Convención en conjunto con otros instrumentos internacionales. En los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Yachie Axa, Sawhoyamaxa, Xamók Kásek *vs.* Paraguay, Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador y Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano *vs.* Panamá, el Tribunal analizó el artículo 21 a la luz de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y, por otra parte, en los casos del Pueblo Saramaka la Corte estimó que los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁵ y el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁶ tenían inmerso el derecho a la propiedad colectiva y derecho a la autodeterminación de los pueblos, en ambos casos de pueblos tribales, pues el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).⁴⁷

⁴⁵ El Comité de Derechos Humanos ha considerado: “[que]bajo el artículo 27 de dicho instrumento no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría”. ONU, Comité de Derechos Humanos, comentario general núm. 23. Los derechos de las minorías (artículo 27) (quincuagésima sesión, 1994), Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrafos 1 y 3.2.

⁴⁶ *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consideración de informes presentados por Estados partes bajo los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión), N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párrafo 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la “situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado parte, las cuales afectan su derecho a la autodeterminación según el artículo 1o. del pacto”.

⁴⁷ Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm.8, párrafo 120. En este sentido, la Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención) de igual manera el Tribunal ha considerado que podría “abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del Sistema Interamericano”, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. De esta manera la protección colectiva de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el sistema interamericano encuentra su protección en el artículo 21, pero también ampliando su interpretación a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Ade-

En general, a partir de estas apreciaciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la temática indígena, se ha desarrollado ampliamente la relación especial que los pueblos indígenas mantienen de su territorio ancestral, pronunciándose sobre obligaciones estatales concretas para garantizar el acceso de los pueblos originarios sin impedimentos a sus territorios mediante el reconocimiento oficial de la propiedad, con su titulación, delimitación y demarcación, esto ha afianzado el concepto de posesión indígena, ordenado la devolución de tierras ancestrales y ha considerado que se debe regular un recurso judicial efectivo que materialice cada uno de los derechos antes mencionados. Asimismo, derivado del artículo 21 del Pacto de San José ha desarrollado la obligación de consulta a las comunidades indígenas y tribales en toda actividad que se considere que puede llegar a dañar o modificar la integridad de sus tierras ancestrales. La obligación de consulta ha sido considerada por la Corte Interamericana como un principio general del derecho internacional y ha puntualizado la importancia del reconocimiento de ese derecho como una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos indígenas y tribales. Se trata pues de un andamiaje jurídico y jurisprudencial que los Estados parte de la Convención Americana deben de observar para respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito nacional.

2. *La relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios. Alcance geográfico*

El término tierra o tierras es un concepto productivo que contiene el recurso natural que en ella se encuentren, es decir, es un término económico. De esta manera mientras que el territorio es un concepto geo-socio-político, la tierra es un término económico-productivo.⁴⁸ La relación de los pueblos

más, “[n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste”. En Corte IDH, “Otros tratados”. Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, párrafo 48, y Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párrafo 22.

⁴⁸ Serrano, César, *Los derechos de los pueblos indígenas. Derecho internacional y experiencias constitucionales en nuestra América*, San Luis Potosí, Universidad de San Luis Potosí, 2009, pp. 116 y 117.

indígenas y sus territorios es un elemento constitutivo de su cultura como forma de vida particular⁴⁹ y fundamental para el goce de otros derechos humanos abarcando el territorio como un todo⁵⁰ de ahí la importancia de la identidad cultural. Dicha identidad se forma con la trayectoria histórica de la vida en comunidad en los territorios.⁵¹ Los derechos humanos de los pueblos indígenas derivan de procesos históricos en relación al territorio, incluyendo en éste los conceptos de tierra, recursos naturales y bienes que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra manera necesarios para la reproducción cultural del grupo.⁵²

La Corte ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.⁵³ Aunque los derechos a la tierra, territorio y la cuestión agraria ya no reciben mucha atención en la época actual —en gran medida por la globalización económica— estos problemas son fundamentales para la supervivencia de los pueblos indígenas. La pérdida de sus tierras (esencial para su forma de vida) ha sido una constante por mucho tiempo, y la lucha por la preservación o la restitución de sus derechos sobre su territorio está en la base de muchos de los intentos de las comunidades indígenas para organizarse comunalmente.⁵⁴

⁴⁹ Cfr. CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 155.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, párrafo 129. Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 8, párrafo 114 y CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, doc. OEA/Ser.L/V/II, doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrafo 1054.

⁵¹ Cfr. Corte IDH, caso Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, voto razonado del juez A. A. Cancado Trindade, párrafo 28, y ONU, Asamblea General, Sexagésimo periodo de sesiones, La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/60/358, 16 de septiembre de 2005, párrafo 31.

⁵² Cfr. Stavenhagen, Rodolfo, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ONU, Asamblea General, Consejo de los Derechos Humanos, Cuarto Periodo de Sesiones, 26 de febrero de 2007, A/HRC/4/32/Add.4, párrafo 13. Cfr. Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka... *cit.*, párrafo 82; CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, doc. 34, 28 de junio de 2007, párrafo 160 y Stavenhagen, Rodolfo, *Prevención de la violencia atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, Los derechos de los pueblos indígenas, ¿por qué los derechos humanos?*, México, CNDH, p. 29.

⁵³ Cfr. Corte IDH, caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, serie C, núm. 116, párrafo 85.

⁵⁴ Stavenhagen, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000, p. 20.

Erica-Irene Daes observa, en su *Estudio sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, que es difícil separar el concepto de la relación de esos pueblos con sus tierras y recursos del concepto de sus diferencias y valores culturales. La relación con la tierra y con todo ser viviente es fundamental para las sociedades indígenas. Las comunidades indígenas mantienen vínculos históricos y espirituales con sus tierras de origen, territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura; por lo tanto, constituyen el espacio social en el que una cultura puede transmitirse de generación en generación. Con demasiada frecuencia las personas no indígenas no comprenden bien la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades indígenas a sus tierras de origen y a menudo se ignora en la legislación existente sobre la tierra.⁵⁵

Este reconocimiento, sobre la relación única existente entre los pueblos indígenas y sus territorios, ha sido ampliamente reconocida por los órganos del Sistema Interamericano. La Comisión Interamericana ha expresado en el caso *Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos* que “la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos naturales se vincula con la existencia misma de estos pueblos”, y por lo tanto son necesarias medidas especiales de protección.⁵⁶ En la misma línea, la Corte Interamericana en los casos de la Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay* y *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala* expresó que “para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.⁵⁷

Todo lo anterior, guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio núm. 169 de la OIT, en el sentido de que el Estado deberá respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”,⁵⁸ ya que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre

⁵⁵ Daes, Erica-Irene A., *Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*, ONU, (E/CN.4/Sub.2/2001/21), párrafo 13.

⁵⁶ CIDH, Informe núm. 75/02, caso 11.140, *Mary y Carrie Dann (Estados Unidos)*, 27 de diciembre de 2002, párrafo 128, noviembre de 2007, párrafo 19.

⁵⁷ Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa...*, *cit.*, párrafos. 124 y 131 y Corte IDH, caso *Masacre Plan de Sánchez...*, *cit.*, párrafo 85.

⁵⁸ Corte IDH, caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya...*, *cit.*, párrafo 119.

sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.⁵⁹ Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales.⁶⁰ En consecuencia, la Corte Interamericana ha observado que:

La estrecha relación que los pueblos indígenas guardan con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática.⁶¹

En relación al alcance geográfico de los derechos de propiedad indígena y los derechos sobre los recursos naturales, se extienden en principio sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales, en algunas situaciones, fueron despojados, con los cuales mantienen una relación especial internacionalmente y nacionalmente protegida, es decir, un vínculo cultural de memoria colectiva, de conciencia de su derecho de acceso o pertenencia de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales. La Corte ha señalado que:

Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.⁶²

El derecho a un territorio de calidad y extensión suficientes es de particular relevancia para los pueblos indígenas y tribales cuya especificidad sociocultural y cuyas situaciones concretas, requieren un especial grado de protección, como el caso del cual los medios tradicionales de subsistencia

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 159.

⁶⁰ Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones y costas, sentencia de 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párrafo 171.

⁶¹ Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa..., *cit.*, párrafo 146.

⁶² *Ibidem*, párrafo 145.

y desarrollo de la misma comunidad dependan única y exclusivamente de la propiedad territorial comunal, de la cual se desprenda al mismo tiempo su vida espiritual. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.⁶³

La garantía del derecho territorial de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de los pueblos indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.⁶⁴ Adicionalmente, el desconocimiento del derecho de los miembros de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales puede afectar, por las mismas causas, otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural, el derecho colectivo a la integridad cultural, o el derecho a la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros. Siendo que las graves condiciones de vida que soportan los miembros de las comunidades indígenas que no tienen acceso a su territorio ancestral les ocasiona sufrimiento y perjudican la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma.⁶⁵

3. Contenido del derecho a la propiedad indígena sobre los territorios

A. Certeza jurídica del título de propiedad

Uno de los derechos básicos relacionados con el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es el goce permanente de su territorio ancestral, para lo cual se debe de tener el título del territorio.⁶⁶ El derecho

⁶³ *Ibidem*, párrafo 137.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafo 154.

⁶⁵ CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela..., *cit.*, párrafos 1076-1080; CIDH, Acceso a la Justicia..., *cit.*, párrafos 241, 257-268, 297, recomendación 8.

⁶⁶ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, párrafo 116 y Anaya, James, Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los pueblos

colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica la titulación colectiva del territorio, esto es, el reconocimiento de un título también colectivo de propiedad sobre esas tierras donde se refleje la propiedad de la tenencia de la tierra. La ausencia de procedimientos efectivos específicos y regulados para la titulación de las tierras comunales indígenas causa una incertidumbre general que no es compatible con los estándares impuestos por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte ha entendido desde el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*,⁶⁷ que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25 no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida, es decir, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención. Así, no sólo basta con que se establezcan mecanismos para obtener la titulación del territorio ni la puesta en marcha de recursos efectivos; el derecho a la titulación del territorio también debe contar con certeza jurídica,⁶⁸ por este motivo, la Comisión Interamericana ha puesto énfasis en que el registro legal de las tierras indígenas constituye en la realidad sólo un primer paso en su establecimiento y defensa real.⁶⁹

El derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial requiere que existan mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas. Parte de la certeza jurídica a la que tienen derecho los pueblos indígenas consiste en que sus reclamos y reivindicaciones territoriales reciban una solución definitiva, es decir, que una vez iniciados los trámites de reivindicación de sus territorios ancestrales, sea ante las autoridades administrativas o ante los tribunales, se otorgue una solución definitiva a su reclamo dentro de un plazo razonable, sin demoras injustificadas. De igual forma se afecta la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de las tierras cuando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y permite a las comunidades su li-

indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica. Asamblea General de las Naciones Unidas 30 de mayo de 2011, párrafo 35.

⁶⁷ Corte IDH, caso *Velásquez Rodríguez*, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 56 y Corte IDH, caso *Godínez Cruz*, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, núm. 58 y Corte IDH, caso *Omar Humberto Maldonado Vargas y otros vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2015, serie C, núm. 300.

⁶⁸ CIDH, *Democracia y derechos humanos...*, *cit.*, nota 50, párrafo 1137, recomendación 3.

⁶⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, doc. OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párrafo 33.

bre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas.⁷⁰

B. *Delimitación y demarcación del territorio ancestral*

El principal mecanismo de garantía del derecho de propiedad territorial indígena que ha sido identificado por los órganos del sistema interamericano es la delimitación y demarcación de las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas.⁷¹ Es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas mediante la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación y demarcación, que reconozca tales derechos en la práctica. El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad.⁷²

La falta de demarcación y titulación de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellos se encuentran, los coloca en una situación de vulnerabilidad extrema que incide directamente sobre sus demás derechos humanos, incluidos los derechos a la alimentación, al agua potable y a la salud, entre otros.⁷³ Al igual que la titulación de territorios, los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos especiales, adecuados y efectivos para la delimitación y demarcación.⁷⁴

Debido a las características específicas de la propiedad comunal indígena, estos procedimientos deben ser diferentes de los mecanismos generales de titulación de la propiedad agraria disponibles para otros sectores de la

⁷⁰ CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, doc. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párrafo 18.

⁷¹ En la práctica, según ha explicado la Corte Interamericana, antes de proceder a la titulación, hay que demarcar y delimitar el territorio, en consulta con el pueblo respectivo y con sus vecinos: "A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo [respectivo] han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos" Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, párrafo 115.

⁷² Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna..., *cit.*, párrafo 138; Stavenhagen, Rodolfo, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, E/CN.4/2003/90, párrafo 66 y Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el segundo período de sesiones (12 a 23 de mayo de 2003), E/C.19/2003/22, párrafo 33.a.

⁷³ CIDH, Democracia y derechos humanos..., *cit.*, nota 50, párrafos. 1076-1080.

⁷⁴ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna..., *cit.*, párrafo 127.

sociedad,⁷⁵ es decir, los Estados deben crear mecanismos para la demarcación de tierras de los indígenas que cuenten con una participación plena de éstos. En este sentido, la CIDH ha reiterado que la obligación del Estado de delimitar y demarcar efectivamente el territorio ancestral de los pueblos indígenas que necesariamente incluye el establecimiento de consultas efectivas e informadas con el pueblo respectivo en relación con las fronteras de su territorio, y que se tengan en cuenta en ese proceso las prácticas tradicionales de uso de la tierra y el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra.⁷⁶

C. *Posesión del territorio ancestral*

Dentro de los derechos territoriales de carácter colectivo los pueblos indígenas tienen derecho a la posesión (uso, ocupación y habitación) de sus territorios ancestrales, pues éste se relaciona directamente con la identidad cultural, en la medida en que la cultura es una forma de vida intrínsecamente vinculada al territorio propio.⁷⁷ Este derecho es, más aún, el objetivo último de la protección misma de la propiedad territorial indígena. Esto implica que los pueblos afectados tienen derecho a vivir en sus territorios y los Estados tienen la obligación de respetar y proteger el derecho colectivo a la posesión de las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas mediante la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que el pueblo indígena tiene en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales.⁷⁸

La Corte Interamericana ha vinculado el derecho a la posesión del territorio ancestral por los pueblos indígenas, al núcleo mismo del derecho a la propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención. De este modo, los pueblos indígenas tienen derecho a poseer y controlar su territorio sin ningún tipo de interferencia externa.⁷⁹

Por otra parte, la posesión tradicional de los territorios ancestrales tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio emitido por el Estado, y otorga a los pueblos indígenas el derecho al reconocimiento oficial de su propiedad y su registro.⁸⁰ Como producto de la costumbre, la posesión de

⁷⁵ *Ibidem*, párrafos 122 y 123.

⁷⁶ CIDH, Informe núm. 40/04..., *cit.*, párrafo 132.

⁷⁷ CIDH, Democracia y derechos humanos..., *cit.*, párrafo 1050.

⁷⁸ CIDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, párrafo 89.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo 115.

⁸⁰ Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párrafo 109.

la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.⁸¹ Sin embargo, es muy importante poner énfasis en que la posesión de los territorios ancestrales no es un requisito que condicione la existencia, reconocimiento o restauración del derecho a la propiedad de un pueblo indígena ya que los pueblos indígenas que han perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial mantienen sus derechos plenos de propiedad sobre los mismos, y tienen derecho a reivindicar y obtener su restitución efectiva.⁸²

4. *La concesión de grandes proyectos de desarrollo en territorio indígena*

Como parte del Estado de derecho, las autoridades tienen el deber de establecer los estándares de protección medioambiental nacionales e internacionales que el Estado ha promulgado o aceptado;⁸³ esta obligación positiva del Estado es parte de su obligación general de poner en marcha y aplicar su propia legislación para proteger los derechos humanos de todas las personas, incluidos los pueblos indígenas y sus miembros. Los Estados deben adoptar medidas para asegurar que el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en sus Constituciones y en los tratados internacionales de los que son parte, sea incorporado en forma transversal a su legislación interna, incluida la normativa sobre proyectos de desarrollo.⁸⁴

Los países del continente americano tienen derecho al desarrollo. Tal derecho al desarrollo “implica que cada Estado tiene la libertad de explorar sus recursos naturales, incluyendo [el otorgamiento] de concesiones y la apertura a inversiones internacionales”,⁸⁵ pero el desarrollo debe ser necesariamente compatible con los derechos humanos, y específicamente con los derechos de los pueblos indígenas. No hay propiamente desarrollo sin

⁸¹ Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna..., *cit.*, párrafo 151.

⁸² Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa..., *cit.*, párrafo 126.

⁸³ ONU, Los pueblos indígenas y los indicadores de bienestar y desarrollo, “Pacto del Pedregal”, Informe preliminar, documento de trabajo, *VII Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas*, Nueva York, Estados Unidos, 23 de abril de 2008, p. 37 y ONU, Foro permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre noveno periodo de Sesiones* (19 al 30 de abril de 2010), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 2010, suplemento núm. 23, párrafo 113.

⁸⁴ CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social..., *cit.*, nota 52, párrafos 220, 297–Recomendación 4.

⁸⁵ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, doc. OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997, párrafo 453.

respeto pleno por los derechos humanos, ello impone limitaciones y deberes de obligatorio cumplimiento a las autoridades estatales. En particular, el desarrollo debe gestionarse en forma sostenible, lo cual exige que los Estados aseguren la protección del medio ambiente, y específicamente del medio ambiente de los territorios ancestrales indígenas.

Así, el otorgamiento de concesiones a los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias particularmente graves, ya que ponen en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, por lo cual representan un peligro mortal para su supervivencia en tanto pueblos, especialmente en los casos en que la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica.⁸⁶ Las concesiones extractivas en territorios indígenas, al poder causar daños ecológicos, ponen en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros, además de afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales.⁸⁷

Para la Corte Interamericana, el término “plan de desarrollo o inversión” se refiere a “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [ancestral], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”.⁸⁸ En este sentido, los Estados deben cumplir los requisitos establecidos para los casos de expropiación en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁸⁹

Toda limitación al contenido del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales debe sujetarse a las normas generales que regulan las limitaciones legales de la propiedad por razón de interés público, esto es, las expropiaciones. Además, un Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que

⁸⁶ CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, doc. OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párrafos 33-35.

⁸⁷ Las actividades de las empresas madereras en territorios de pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, son altamente destructivas y producen daños masivos en el bosque y sus funciones ecológicas y culturales, causando polución del agua, pérdida de la biodiversidad, y afectación espiritual del bosque en detrimento de los pueblos indígenas. *Cfr.* Stavenhagen, Rodolfo, Informe del Relator..., *cit.*, nota 52, parrafo 25 y 26.

⁸⁸ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, párrafo 129.

⁸⁹ En el caso de los pueblos indígenas debe observarse su derecho a la consulta y una justa indemnización.

pueda afectar “la supervivencia”⁹⁰ del pueblo indígena correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida.

Bajo el artículo 21 de la Convención Americana, el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente les pertenecen, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena. El Comité de Derechos Humanos en el caso *Länsman y otros vs. Finlandia*⁹¹ apoya este requisito: “permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena”. Por ello el sistema interamericano ha desarrollado una serie de requisitos especiales para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas por el Estado en territorios ancestrales.⁹²

5. *Test de territorialidad*

En lo relativo al *test de territorialidad* desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que el triple estándar (consulta y consentimiento; estudios de impacto ambiental, y participación en los beneficios)⁹³, fijado en los casos del pueblo Saramaka y Kichwa de Sara-

⁹⁰ La noción de “supervivencia” no se identifica con la mera existencia física: “La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase ‘supervivencia como una comunidad tribal’ debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de ‘preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio’, de tal forma que puedan ‘continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (...)’. Por tanto, el término ‘supervivencia’ significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física”. En los mismos términos, para la Corte, “el término ‘supervivencia’ no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo Saramaka con su territorio y su cultura”. Véase *ibidem*, párrafo 29 y 37.

⁹¹ ONU, caso *Länsman y otros vs. Finlandia*, comunicación núm. 511/1992, Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párrafo 9.4.

⁹² Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, párrafo 128.

⁹³ En el caso del Pueblo Saramaka, la Corte Interamericana consideró que, precisamente, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de los territorios indígenas, los Estados tienen la obligación, no sólo de consultar a los pueblos interesados, sino también de obtener el consentimiento libre, previo, informado y culturalmente adecuado. En esta tesitura, el Tribunal Interamericano estableció una distinción entre ‘la consulta’ y ‘el consentimiento’ que los pueblos originarios deberían

yaku, es aplicable a “los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales”⁹⁴ que puedan afectar de forma directa o indirecta la capacidad de los pueblos indígenas para usar y gozar efectivamente sus tierras, territorios y recursos naturales, de manera que supongan, de hecho, una privación o limitación de su derecho de propiedad, pues de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas respecto del derecho, decisiones que puedan afectarlos, se relacionan directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura pueda resultar afectada por tales decisiones.⁹⁵

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha llamado a los Estados a devolver las tierras y territorios que tradicionalmente han sido de propiedad, uso u ocupación de los pueblos indígenas y tribales cuando han sido privados de ellos sin su consentimiento.⁹⁶ Además, estas tres condiciones son requisitos complementarios y concurrentes, orientados a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas.⁹⁷ De esta forma como regla general, los Estados deben garantizar, mediante procedimientos claros de consulta, que se obtenga su *consentimiento previo e informado* para la consecución de dichos proyectos.

A. *Garantía de consulta*

En lo que respecta a la garantía de la *consulta*,⁹⁸ los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios,

otorgar, desprendiéndose de su interpretación que cuando el Estado se encuentra frente a los supuestos de proyectos de inversión, la consulta, entendida en su sentido estricto, (test de territorialidad), muta de derecho a garantía, pues es el medio para garantizar la finalidad última de la consulta, el derecho al consentimiento.

⁹⁴ *Ibidem*, párrafo 129.

⁹⁵ ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre Décimo Período de Sesiones* (16 al 27 de mayo del 2011), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 2011, suplemento núm. 23, párrafo 79.

⁹⁶ ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación general núm. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51 período de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párrafo 5.

⁹⁷ Véase Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, y Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Kichwa ..., *cit.*

⁹⁸ La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas

tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y la tierra, y los recursos naturales. Ésta es una manifestación concreta de la regla general, según la cual el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos, teniendo en cuenta que esta consulta debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado,⁹⁹ según se dispone en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.¹⁰⁰

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben buscar la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o un trámite de cuantificación de daños.¹⁰¹

El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma*. Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración. De este modo la consulta debe de ser: previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.¹⁰²

La *consulta previa* se refiere a que debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas.¹⁰³ En el mismo sentido se ha pronunciado el relator especial de la ONU, al precisar que en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas, su finalidad deberá ser obtener el

(Anaya, James, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos indígenas, doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 62 y 63.

⁹⁹ CIDH, Democracia y derechos humanos..., *cit.*, párrafos 1058 y 1071.

¹⁰⁰ Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 39.

¹⁰¹ CIDH, Acceso a la justicia e inclusión..., *cit.*, párrafo 248.

¹⁰² CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos indígenas, Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, 30 diciembre 2009, párrafo 396.

¹⁰³ CIDH, Acceso a la justicia e inclusión..., *cit.*, párrafo 249.

consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban llevarse a cabo en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.¹⁰⁴

En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe hacerse desde que se lleva a cabo la evaluación misma del otorgamiento de la concesión, ya que los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, por medio de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes.¹⁰⁵

En lo relativo a la *consulta culturalmente adecuada*, se debe consultar con los pueblos de conformidad con sus propias tradiciones, y la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones,¹⁰⁶ es decir, que la regla de adecuación cultural de la consulta exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones. En términos generales, todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo [correspondiente], así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la ‘justa indemnización’ que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo [respectivo] de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales.¹⁰⁷

En lo tocante a la *consulta informada*, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debe ser en el sentido de que los pueblos indígenas tengan “conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”.¹⁰⁸ El carácter informado de la

¹⁰⁴ Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 65.

¹⁰⁵ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, párrafo 147.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrafo 133.

¹⁰⁷ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 185, párrafo 27.

¹⁰⁸ En palabras del relator de la ONU: en los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno.

consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos.¹⁰⁹ Sobre este mismo punto, en analogía con las garantías aplicables en otros procedimientos judiciales o administrativos en los que participen los pueblos o individuos indígenas, la consulta informada exige a los Estados a adoptar medidas para asegurar que los miembros de los pueblos o comunidades indígenas “puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes”.¹¹⁰ La consulta informada también exige a los Estados garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo.¹¹¹ La complejidad y magnitud de los proyectos o planes de inversión o desarrollo, o de las concesiones extractivas de los recursos naturales puede requerir la celebración de reuniones previas de información. Dichas reuniones, sin embargo, no deben confundirse con el tipo de negociación y diálogo requeridos por un proceso de consulta genuino.¹¹²

Por último, la *consulta de buena fe*, tiene la finalidad de recibir el consentimiento informado de los pueblos indígenas a los planes de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas que puedan afectar su derecho

A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios de impacto ambiental y social a fin de que puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben de conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 53.

¹⁰⁹ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador..., *cit.*, nota 85, párrafo 103.

¹¹⁰ OIT, Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Independientes, artículo 12. El apoyo técnico a los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de consulta puede también interpretarse como uno de los requisitos de la provisión de medios para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente su derecho a la autonomía. Convenio 169, Artículo 6.1.(c). El Relator Especial de la ONU indica en este sentido que “por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas... los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas.” Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafos 50 y 51.

¹¹¹ CIDH, Acceso a la justicia e inclusión..., *cit.*, párrafo 248.

¹¹² CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos..., *cit.*, párrafo 314.

de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.¹¹³ El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada de manera consistente por los pueblos indígenas. La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. En demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas. La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea por medio de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea mediante negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.¹¹⁴

De esta forma la finalidad de toda consulta será obtener el consentimiento previo, adecuado, informado y de buena fe. La Corte Interamericana ha resaltado la diferencia entre “consulta” y “consentimiento”, planteando la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos:

La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino

¹¹³ Corte IDH, caso del Pueblo Saramak..., *cit.*, nota 18, párrafo 133. Es de resaltar la discrepancia de estándares existentes en los dos casos sobre la finalidad que debe tener el proceso de consulta. Es de resaltar que en el primer caso en el que la Corte Interamericana se versó sobre la consulta de carácter previa, libre, informada y de buena fe (Saramaka *vs.* Suriname) la Corte hizo referencia a que la finalidad de dicha consulta debería ser la de obtener el consentimiento de dicho pueblo. Con posterioridad, en el caso Sarayaku, la Corte pese a que cita el párrafo 134 de la sentencia del caso del Pueblo Saramaka cambia la finalidad de la consulta por la de concepción de tener como *finalidad llegar a un acuerdo*. Cabría hacer notar que la Corte ha considerado que el consentimiento es de necesaria obtención cuando se trate de proyecto de desarrollo o inversión entendiéndose éstos como “cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [...], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras”. Si bien en el caso Sarayaku se trataba de una concesión petrolera que afectaba la integridad de las tierras y recursos naturales, la Corte cambia la concepción antes descrita, consentimiento por acuerdo.

¹¹⁴ CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos indígenas..., *cit.*, párrafos 318 y 319.

también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.¹¹⁵

Posteriormente, en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, la Corte añadió:

El Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka.¹¹⁶

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en Consideraciones de los Informes presentados por los Estados partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador, de 2003 determinó que otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.¹¹⁷ El relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas también se ha referido a esta obligación, observando que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos

¹¹⁵ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 18, párrafo 134.

¹¹⁶ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 107, párrafo 17.

¹¹⁷ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Consideraciones de los Informes presentados por los Estados parte conforme al artículo 9 de la Convención, observaciones finales respecto del Ecuador, 2003, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párrafo 16.

impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.¹¹⁸

En suma, tres son los casos en los cuales el requisito del consentimiento se vuelve de carácter obligatorio:¹¹⁹

- a) Los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente.
- b) En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.
- c) En el de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas

El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.¹²⁰

¹¹⁸ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 18, párrafo 135.

¹¹⁹ CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos..., *cit.*, párrafo 334.

¹²⁰ El Relator Especial de la ONU ha explicado en esta línea que “la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (artículos 10 y 29, párrafo 2, respectivamente).” Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 47.

B. *Garantía de beneficios compartidos*

Con respecto a la garantía de *beneficios compartidos*, el Estado debe garantizar que los miembros de las comunidades indígenas afectadas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.¹²¹ La CIDH ha resaltado que, según dispone el Convenio núm. 169, los pueblos indígenas tienen derecho a la participación en los beneficios de las actividades de utilización de sus recursos naturales.¹²² Sin embargo, no debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.¹²³

En cuanto a la determinación de los beneficiarios ésta deberá hacerse consultando al pueblo respectivo y no unilateralmente por el Estado y en caso de que surja un conflicto interno entre los miembros del pueblo indígena correspondiente sobre quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, ello debe ser resuelto por el pueblo mismo de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no por el Estado.¹²⁴ La Corte Interamericana ha recurrido en este punto a los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del relator de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, respecto del derecho a la participación en los beneficios, en este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa.¹²⁵ En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad, que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia.¹²⁶

¹²¹ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 18, párrafo 129.

¹²² CIDH, Segundo informe..., *cit.*, nota 70, párrafo 26.

¹²³ CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos..., *cit.*, párrafo 293.

¹²⁴ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 107, párrafo 25.

¹²⁵ ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación..., *cit.*, nota 117, párrafo 16.

¹²⁶ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 18, párrafo 140.

C. *Garantía de estudios previos de impacto social y ambiental*

Los estudios previos de impacto social y ambiental (EISA) deben ser llevados a cabo por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado¹²⁷ en el contexto de los proyectos de desarrollo e inversión y actividades extractivas en territorios indígenas. Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de “preservar, proteger y garantizar la relación especial” de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.¹²⁸ En términos generales, los EISA sirven para evaluar el posible daño o repercusión que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión.¹²⁹ Tal y como lo afirmó la Corte Interamericana en la sentencia sobre el caso Saramaka, el objetivo de los EISA no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.¹³⁰

El objetivo último del proceso de estudio de impacto es identificar cuáles son los potenciales aspectos negativos del plan o proyecto en cuestión sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios que tradicionalmente han usado con fines económicos, sociales, culturales o espirituales; en otros términos: el posible impacto sobre su derecho de propiedad comunal.¹³¹

IV. CONCLUSIÓN: ¿EXISTE UNA PREVALENCIA DE LA JUSTICIA INACCESIBLE PARA LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO?

Uno de los grandes obstáculos a los que se veían enfrentados los pueblos indígenas al momento de tratar de hacer efectivos sus derechos territoriales de manera colectiva, pues recursos, como el amparo, eran eminentemente a instancia de parte agraviada. Sin embargo, un avance importante en materia

¹²⁷ *Ibidem*, párrafo 129.

¹²⁸ *Idem*.

¹²⁹ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 107, párrafo 40.

¹³⁰ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 18, párrafo 154.

¹³¹ Banco Mundial, Política operacional 4.10, párrafo 9 y Anexo A.

agraria, y específicamente en el juicio de amparo en materia agraria, es que se prevén acciones colectivas a favor de los núcleos de población ejidal o comunal, tradicionalmente conocido como el “amparo social”.¹³² No obstante, habría que apuntar que existen comunidades indígenas que no son necesariamente comunidades agrarias, pero que ocupan una porción de tierra sin ninguna denominación, y también comunidades agrarias, cuyos miembros no son indígenas.¹³³

La única referencia de la protección de los pueblos indígenas en la Ley Agraria lo encontramos en el artículo 106 que dispone que: “las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo [2o.] y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional”. Sin embargo, en lo referente al artículo 2o. sólo contempla en la fracción V que el Estado mexicano reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas para conservar y mejorar su hábitat y preservar la integridad de sus *tierras*; por su parte, en lo relativo al artículo 27 fracción VII, párrafo segundo, la Constitución sólo dispone que “la ley protegerá la integridad de las tierras indígenas”, es decir en ambos casos no se contempla la propiedad indígena en su expresión de territorio para efectos del amparo en materia agraria cuando las afectaciones atañen a sus derechos.

Para Raquel Gutiérrez Nájera y Pedro León Corrales el amparo en materia agraria representa y constituiría un recurso legal efectivo, para la protección de derechos colectivos (específicamente en materia ambiental), pues según estos autores, resulta aplicable a las comunidades afectadas en sus tierras, ya sean ejidos o pueblos indígenas, por ejemplo, megaproyectos, implican actos de autoridad que tengan o puedan tener como consecuencia la privación de los derechos de propiedad o posesión, uso o disfrute de sus bienes agrarios de un núcleo de población ejidal o comunal o la afectación del régimen ejidal o comunal, se actualizan los supuestos en los procedería el amparo en materia agraria de manera colectiva. Para estos autores el amparo en materia agraria es plenamente aplicable cuando se priva de los derechos colectivos sobre la tierra, especialmente mediante megaproyectos, pues contienen actos de autoridad que afectan los derechos agrarios de los núcleos de población, específicamente aquellos que tengan o puedan tener como consecuencia la privación parcial o total, temporal o definitiva de la propiedad, la posesión o el disfrute de los bienes agrarios o su substracción

¹³² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Amparo colectivo en México, hacia una nueva reforma constitucional y legal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, pp. 57 y 58.

¹³³ *Cfr.* López Bárcenas, Francisco, *Tierras y territorios...*, *cit.*, nota 3, p. 292.

del régimen ejidal o comunal; en este sentido ponen énfasis en que el amparo en materia agraria se basa en varias excepciones a las reglas ordinarias del juicio de amparo, con enormes ventajas para los núcleos de población afectados:

1. No se requiere agotar los recursos previos contemplados para impugnar los actos de autoridad, por ende, no se necesitaría agotar el recurso de revisión.
2. No se aplica el término de 15 días para interponer la demanda de amparo, ya que por excepción se puede interponer dentro de siete años contados a partir de que se le notifique al núcleo agrario sobre la privación de sus derechos ejidales o comunales.
3. En materia de suspensión, proceden la suspensión de plano y de oficio, la cual se debe de conceder por el juez de distrito contra los actos que tengan o puedan tener como consecuencia la privación de la propiedad, posesión o disfrute de los bienes agrarios de un núcleo de población ejidal o comunal, además, no se aplican las disposiciones de la suspensión en general como no afectar el interés social, tampoco requiere garantía y se otorga durante la vigencia del juicio.
4. Opera la suplencia de la queja a favor de los núcleos de población cuando sean parte quejosa tanto en ofrecimiento y recabación de pruebas como en excepciones, preceptos violados y alegatos.
5. Asimismo, no existe término para interponer la queja por exceso o defecto en el cumplimiento de la ejecutoria cuando se les concede el amparo, y los autorizados para oír y recibir notificaciones tienen facultades amplias, sin tener que cubrir el requisito de haber registrado previamente su cédula de abogado.¹³⁴

De este modo, de un análisis sistemático, según Gutiérrez Nájera y León Corrales, se percibe qué actividades destinadas a afectar la tierra acarrear e implican violaciones a otros derechos consagrados en la Constitución mexicana como el derecho a la vida, a la salud y a gozar de un medio ambiente sano y adecuado y de igual manera que los daños a los ecosistemas pueden ser irreparables como el cambio del uso del suelo del bosque o la selva a un uso hidráulico o industrial o demolición de zonas específicas. De esta forma, la afectación de la tierra, acarrea como consecuencia riesgos o daños a la sa-

¹³⁴ Gutiérrez Nájera, Raquel y León Corrales, Pedro. “El acceso a la justicia en materia ambiental en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa para la Cooperación sobre Derechos Humanos, México, 2005, p. 420.

lud de las personas o la desaparición de especies de flora y fauna que afecten gravemente la biodiversidad. Visión que no es errónea, pero que sin duda para la justiciabilidad de los DESC implica una limitante al ser colocados en segundo término.

De igual manera, para las comunidades indígenas reconocidas por el derecho como ejidos o comunidades, el amparo en materia agraria está relacionado con del derecho a la consulta. En los que respecta, este derecho es un derecho autónomo referido a cuestiones de medidas legislativas o administrativas que le afecten directamente¹³⁵ al pueblo indígena en cuestión¹³⁶ y que se ha constituido como un mecanismo de los pueblos indígenas en México para *tutelar sus otros derechos fundamentales*.¹³⁷ El concepto de consulta, según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, comporta el establecimiento de un diálogo verdadero y genuino entre ambas partes, “caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo”.¹³⁸

Surge en los asuntos de *i)* delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio, *ii)* el reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad, *iii)* sobre los resultados previos de impacto ambiental y social, y *iv)* en relación a cualquier restricción a los derechos a la propiedad del pueblo respecto a planes de desarrollo o inversión que afecten el territorio del pueblo.¹³⁹ En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha afirmado

¹³⁵ Calle Ayen, Fernando, “El derecho a la consulta previa”, *Anuario de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Universidad del Rosario- Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2013, p. 335.

¹³⁶ Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

¹³⁷ Serrano, César, *op cit.*, pp. 170 y 171.

¹³⁸ OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, núm. 169, 1989, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, Ref: GB.282/14/2, párrafo 38, en Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, núm. 169, 1989, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

¹³⁹ Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka..., *cit.*, nota 107, párrafo 16. En el mismo sentido la Corte en el caso de la Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku determinó que la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecten sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que le conciernen a sus intereses, está en

que la consulta previa debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe permitir establecer un proceso de diálogo y de búsqueda de acuerdos o de consensos, basado en principios de confianza y respeto mutuos.¹⁴⁰

Como derecho fundamental, el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen que la consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas, pero no requieren a los Estados que lo incorporen en sus sistemas jurídicos con carácter de derecho fundamental o con determinado rango dentro de la jerarquía normativa interna.¹⁴¹ Estos instrumentos internacionales mencionan las características y requisitos que deben reunir los procesos de consulta previa, con independencia de la ubicación de este derecho en el orden jurídico interno. De esta forma, en sintonía con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las cortes o tribunales constitucionales han reiterado en el ámbito interno que la finalidad de la consulta previa consiste en llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que el Estado pretende adoptar, antes de que éste tome una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas.¹⁴²

relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención.

¹⁴⁰ Corte IDH, caso Pueblo Indígena Kichwa..., *cit.*, párrafos 167 y 186 y *Cfr.* Grueso Castelblanco, Libia Rosario, *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 21.

¹⁴¹ Por ejemplo: Colombia, sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell): “la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental”; Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis): “mediante el mecanismo de la consulta previa, que éste es un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”; sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): “5. [...] En razón a su importancia política, a su compromiso con la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación, la doctrina constitucional le reconoce a la consulta previa el carácter de derecho fundamental en sí mismo”.

¹⁴² Por ejemplo: Colombia, sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva): “[El derecho a la consulta previa] tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente”; Perú, sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010: “57. Como se puede apreciar, el dere-

Sobre este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que debe cumplir con los siguientes parámetros: *a)* debe ser previa; *b)* culturalmente adecuada por medio de sus representantes o autoridades tradicionales; *c)* informada, y *d)* de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.¹⁴³

Pese a estos avances en el plano nacional e internacional, en el caso de nuestro país aún estamos en un escenario en el que es más común negar los derechos indígenas que reivindicarlos. Así, encontramos que la legislación se encuentra incompleta y cuando la Suprema Corte ha realizado un control de convencionalidad con los estándares internacionales, ha mal interpretado los derechos indígenas existentes en los estándares internacionales.

De esta forma, no hay que ignorar una doble problemática en la propia normativa interna que ha impedido hacer justiciables los derechos territoriales de los pueblos indígenas que tienen un impacto directo en la posibilidad de accionar un recurso que contemple de igual manera los derechos sociales. Por una parte, encontramos la imposibilidad que deriva de la propia Constitución al contemplar tanto el artículo 2o. como el 27 respecto a la

cho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítimamente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo”.

¹⁴³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. Tesis 1a. CCXXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, Libro XXIII, agosto de 2013, t. 1, Décima Época, tesis aislada (constitucional), p. 736.

protección de los pueblos indígenas el concepto de *tierras* y no el de *territorios*, como la normativa internacional lo ha destacado. En este sentido Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su libro *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*¹⁴⁴ señala, sobre las omisiones de la propia constitución o imprevisiones constitucionales que:

hasta hace poco tiempo no se había prestado mucha atención al fenómeno que se produce cuando algún asunto de relevancia considerable no ha sido contemplado en el texto constitucional y que “[c]onsiderando que a la fecha no se han implementado procesos constitucionales específicos para la corrección o cobertura de estas omisiones, cuando algún problema derivado de la falta de previsión de a propia norma fundamental ha sido sometido a la justicia constitucional, será el juez constitucional el que deberá solucionar la cuestión; para ello debe dotar de contenido las cláusulas abiertas o indeterminadas; acudir al derecho internacional, especialmente cuando se trata de derechos humanos; utilizar distintos tipos de interpretación o bien proceder a la integración de la norma.

Por otra parte la normatividad secundaria (Ley Agraria) que rige los derechos de los pueblo indígenas en lo relativo a los derechos sobre la tierra, es de igual manera deficiente y “acorde” al texto constitucional, pero esto conlleva a una *inconstitucionalidad por omisión legislativa*, entendiéndola como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, por un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de tal forma que se impide su eficaz aplicación”.¹⁴⁵ De este modo la posibilidad de contar con un recurso en el ámbito de los pueblos indígenas para exigir sus derechos sociales vinculados con el territorio, deviene de la necesidad de adecuar la normatividad interna acorde a la concepción integral de los derechos de las comunidades étnicas en el ámbito internacional.

En este tenor habría que recordar, por ejemplo, lo dicho por la Corte Interamericana, en el caso *Mayagna Sumo Awás Tigni* sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de protec-

¹⁴⁴ Cfr. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Marcial Pons- UNAM, 2013, pp. 571-591.

¹⁴⁵ La omisión legislativa puede ser de dos tipos según su extensión. Será *absoluta* cuando exista una total ausencia de norma secundaria sobre un tema o precepto constitucional que deberá ser desarrollado legislativamente; o bien *relativa* cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleta o deficiente. Fernández Rodríguez, J.J. “Una aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión” en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, 2007, p. 86.

ción de los derechos de los pueblos indígenas, así, consideró que “para el caso de la propiedad indígena era necesario un procedimiento específico, que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena”.¹⁴⁶ Si bien este criterio surgió bajo la óptica de la ausencia en la legislación nicaragüense de procesos de delimitación y demarcación, “también de esta forma, queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena”.¹⁴⁷ Conclusión que puede ser extrapolada a la obligación que tiene el Estado de asegurar efectivamente los otros derechos de las comunidades indígenas por medio de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias. Esto teniendo en consideración que las disposiciones en materia de protección de derechos indígenas dice “en relación no sólo con el tema del derecho a la tierra, sino que también con el goce y ejercicio de otros derechos”, todos los cuales debieran contar con recursos para su exhibibilidad en el plano interno.¹⁴⁸

En lo tocante a la consulta como mecanismo de garantía de derechos ancestrales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 631/2012, promovido por Jesús Ceviza Espinisa, Florentino Buitemea Yoquihua, Ignacio Jiménez Flores, Hipólito Jiocomea Yoquihua y Mario Luna Romero, autoridades tradicionales de la tribu Yaqui del Pueblo Vicam, Sonora, se pronunció por primera vez sobre la garantía de consulta. En este caso, las autoridades tradicionales reclamaban una autorización para la construcción del proyecto denominado “Acueducto Independencia”, por desarrollarse en los municipios de Hermosillo, Mazatlán, Villa Pesqueira, Ures y Soyopa, en el estado de Sonora, que consistiría en la construcción y operación de una obra de toma vertical en la presa “El Novillo”, una estación de rebombeo horizontal (cárcamo de bombeo), u acueducto de acero

¹⁴⁶ Corte IDH, caso Comunidad Mayagna..., *cít.*

¹⁴⁷ *Cf.* Nash Rojas, Claudio, “Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos” en Aylwin J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile, 2004, p. 12.

¹⁴⁸ No puede dejar de ser mencionado el hecho de que los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deberán adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas.

para la distribución de agua nacional y una línea de transmisión eléctrica, de esta forma, las autoridades tradicionales señalaban que en la construcción de esta obra no se había surtido un proceso de consulta y que, además, se afectaban las aguas del Río Yaquí que son importantes para comunidad como fuente de su cultura. Si bien la Suprema Corte confirmó la sentencia recurrida, podemos encontrar dos graves fallas: en primer lugar, la Suprema Corte de Justicia aborda el derecho a la consulta como parte del derecho a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional.

Si bien es cierto que la consulta constituye un “diálogo constante” entre las autoridades indígenas y las autoridades, no es correcto considerar que la consulta constituye parte del derecho a ser oído, pues la jurisprudencia internacional la ha situado como derecho autónomo derivado como una de las garantías en los procesos de afectaciones a derechos territoriales indígenas. En segundo lugar, y quizá el elemento más grave del estudio de este asunto por la Suprema Corte, es que necesariamente se debía establecer de manera explícita como un alcance y efecto el *detener la operación del acueducto* hasta que no se le restituyera el derecho violado a la comunidad, ya que de otro modo podría hacerse ilusorio confirmar la sentencia por lo que la Suprema Corte pudo haber establecido como efecto que dejara de operar el acueducto hasta tanto se emitiera una nueva resolución en materia de impacto ambiental hasta que se realizara una consulta a la comunidad indígena.

Como podemos observar, pese a que en el ámbito internacional existen diversos pronunciamientos sobre la existencia de los derechos colectivos indígenas, podemos constatar que en México la legislación en materia indígena es deficiente, por la falta de armonización entre la Constitución y la ley secundaria inexistente, así como la mala interpretación y el establecimiento restrictivo de los efectos en los casos de consulta y la ausencia de una ley que regule los procedimientos de consulta en nuestro país. Todo esto, hace ver, o al menos da la idea, de que los derechos indígenas y los derechos de sus territorios no son ni prioridad ni un elemento en la agenda gubernamental.

No se desestima los avances logrados hasta el momento en nuestro país en materia indígena y aún menos la incidencia que han tenido en los pueblos afectados, sin embargo, la realidad es que normativamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas deben tener plena efectividad, no sólo en el plano legislativo sino también en la realidad. De la misma manera, no se cuestiona que el recurso de amparo en materia agraria sea el mecanismo eficaz para hacer valer los derechos sobre la tierra y tener acceso a los recursos naturales que ella comprende, sin embargo, el escenario mexicano muestra que pese a que se han modificado ciertas disposiciones como la Ley de Amparo, la Constitución mexicana, se ha puesto en marcha el amparo

agrario y, además, la consulta, no es menos cierto que tanto las autoridades mexicanas siguen permitiendo que empresas y particulares invadan, destruyan, deforesten y eliminen territorios que, milenariamente, las comunidades indígenas en nuestro país han utilizado como fuente primaria de su cultura. Evidentemente el reto es colosal, pero precisamente en la medida que tengamos conciencia del valor que el territorio representa para los pueblos indígenas, serán verdaderamente reconocidos sus derechos ancestrales no sólo por las legislaciones sino también por la misma sociedad.