

EL ACCESO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A LA JUSTICIA AMBIENTAL, EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS AL USO Y DISFRUTE PREFERENTE DE LOS RECURSOS NATURALES Y A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO

Ma. de Lourdes HERNÁNDEZ MEZA *

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Referentes específicos sobre el derecho preferente que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a los pueblos y comunidades indígenas en la legislación ambiental*. III. *Análisis de los derechos al uso y disfrute preferente de los recursos naturales y a un medio ambiente adecuado*. IV. *Supremacía constitucional y ley suprema de la unión*. V. *Interpretación del artículo 133 constitucional*. VI. *El caso de los indígenas cucapá y la pesca de la curvina golfina*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

En junio de 1999 se introdujo en el texto constitucional de nuestro país, en el artículo 4o., el derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de los individuos, el cual obedeció a la constitucionalización de ese derecho en otras cartas políticas del mundo, así como a la necesidad de otorgarle el carácter de garantía constitucional a ese derecho, previamente reconocido como tal por la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA). Asimismo, ya la Conferencia de Río, en su principio número 1, había consignado que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.

A su vez, con el fin de dar cumplimiento al Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Pueblos Independientes, suscrito y ratificado por México en 2001, el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformado para introducir, entre otras cuestiones indígenas, la relativa al derecho de pueblos y comunidades indígenas para acceder con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra, 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.

De acuerdo con lo anterior, todos los habitantes de la República mexicana tenemos el derecho a gozar de un medio ambiente adecuado, ya que la preservación y restauración del equilibrio ecológico así como la protección del ambiente hacen posible la existencia del ser humano y la de otras especies que conforman los ecosistemas terrestres y acuáticos. El Estado, en aras de garantizar este derecho, debe tutelar porque se cumplan las leyes generales que se refieren a la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como a la protección del ambiente, y que son emitidas por el Congreso de la Unión para reglamentar las disposiciones de la Constitución previstas en el artículo 73, fracción XXIX-G.

* Consultora ambiental, lhernandezm@live.com.

Sin embargo, el citado artículo 2o. de la carta magna reconoce el derecho de los pueblos indígenas al uso preferente de los recursos naturales de los lugares donde habitan, sin más limitaciones que las referentes a las modalidades de la tenencia de la tierra y a los derechos adquiridos por terceros; lo cual ha originado que en la práctica, al ser los recursos naturales aprovechados por las comunidades indígenas, se infrinjan disposiciones de la normatividad ambiental, regulación ésta de aplicación obligatoria de la autoridad encargada del cumplimiento de la ley, misma que debe garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado que le demandan otros ciudadanos, así como dar cumplimiento, a su vez, al respeto de otras garantías constitucionales, como es el caso de la consignada en el artículo 2o.

El presente artículo tiene como finalidad analizar qué sucede cuando el derecho preferente de las comunidades indígenas al acceso de sus recursos naturales se ve restringido por el derecho a un medio ambiente adecuado que tienen todos los habitantes del país, y si efectivamente, por lo que hace a este tema, estos grupos tienen un acceso a la justicia ambiental.

Como la Constitución contiene normas de igual valor y ninguna debe prevalecer sobre las demás, el estudio de los diversos planteamientos —como cuando el derecho preferente autoriza a incumplir las leyes ambientales o si los pueblos y comunidades indígenas están obligados a cumplir el Convenio 169, traería la consecuencia de cuidar los recursos naturales, o si ese derecho preferente se da respecto de otras comunidades indígenas, o bien si estamos todos los mexicanos obligados a cuidar el ambiente para no comprometer las necesidades de las generaciones futuras, o si al ser aplicada la normatividad ambiental, se ve limitado el acceso de los pueblos y comunidades indígenas a la justicia ambiental, pero al argumentarse la preferencia del uso de los recursos naturales ocurre la aparente colisión de derechos— será motivo de análisis en el presente artículo.

II. REFERENTES ESPECÍFICOS SOBRE EL DERECHO PREFERENTE QUE OTORGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS A LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL

Si bien el artículo 15 de la LGEEPA, que establece los principios a los que se sujetará la política ambiental, la expedición de normas oficiales mexicanas y otros instrumentos, en su fracción XIII hace mención a que el Ejecutivo federal deberá garantizar el derecho de las comunidades, incluyendo a los pueblos indígenas, a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad, en términos de la legislación aplicable, lo cierto es que no establece claramente el derecho preferente tal y como está consignado en el artículo 2o. constitucional, ya que este artículo de la LGEEPA es anterior a la reforma constitucional que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001.

Sin embargo, el numeral 64 bis 1 de la citada ley expresamente señala que los núcleos agrarios, pueblos indígenas y demás propietarios o poseedores de los predios en donde se pretendan desarrollar las obras o actividades en las áreas naturales protegidas, de acuerdo con lo que establezca la declaratoria y el programa de manejo, tendrán preferencia para obtener los permisos, concesiones y autorizaciones.

En este contexto, las reformas a la ley ambiental general del 13 de diciembre de 1996 introdujeron varias consideraciones en relación con los grupos indígenas, entre las cuales vale la pena destacar lo que se refiere a que el establecimiento de las áreas naturales protegidas tiene por objeto proteger los entornos naturales de zonas, monumentos y vestigios arqueológicos, históricos y artísticos, así como zonas turísticas, y otras áreas de impor-

tancia para la recreación, la cultura e identidad nacionales y de los pueblos indígenas;¹ también, que para la expedición de las declaratorias para el establecimiento de las áreas naturales protegidas se deberá escuchar la opinión de los pueblos indígenas; asimismo, una vez que se cuente con el programa de manejo de un área natural protegida, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) podrá otorgar, de acuerdo con el artículo 67 de la mencionada ley, a ejidos, comunidades agrarias y pueblos indígenas, previa la suscripción de los convenios respectivos, la administración de las áreas naturales protegidas de competencia federal.

Otra importante mención en la ley ambiental, en su precepto 78, es aquella que se refiere a que en las áreas en que se presenten procesos de degradación o desertificación, o graves desequilibrios ecológicos, la autoridad deberá formular y ejecutar programas de restauración ecológica para restablecer las condiciones que en ellas anteriormente se desarrollaban, para lo cual se promoverá la participación de los pueblos indígenas en su formulación, ejecución y seguimiento. Lo anterior reviste gran importancia, ya que el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes contempla la participación en la formulación, aplicación y evaluación de los programas de desarrollo, y aunque en este caso se trata de programas de restauración ecológica, la ley ambiental sí incorpora la participación de los pueblos indígenas en su formulación y ejecución.

Por lo que se refiere a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGDFS), al haber entrado en vigor en 2003,² de manera posterior a la reforma del artículo 2o. constitucional, incorporó en su artículo 1o. que al tratarse de recursos forestales cuya propiedad corresponda a los pueblos y comunidades indígenas se deberá observar lo dispuesto por el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, privilegiando la reforma.

Importante reconocimiento hace la LGDFS de que la propiedad de los recursos forestales comprendidos dentro del territorio nacional corresponde a los pueblos y comunidades indígenas que sean propietarios de los terrenos donde aquellos se ubiquen, y a pesar de que el Convenio 169 regula que los recursos forestales serán también de los pueblos y comunidades indígenas ocupantes o poseedores de dichas tierras, nuestra carta magna reconoce el régimen de propiedad establecido en su artículo 27.

Esta ley incorpora muchos de los principios contenidos en el Convenio 169, dentro de los cuales se encuentran, como lo dispone su artículo 13, fracción XXIV, que los estados deberán brindar atención coordinadamente con la Federación y los municipios a los asuntos relacionados con la conservación y mejoramiento del hábitat natural de los pueblos y comunidades indígenas. También establece, en su artículo 32, fracción I, como criterios obligatorios de política forestal de carácter social el respeto al conocimiento de la naturaleza, cultura y tradiciones de los pueblos y comunidades indígenas y su participación en la elaboración y ejecución de los programas forestales de los lugares donde habiten, los criterios obligatorios de política forestal de carácter ambiental y silvícola, la conservación de la biodiversidad de los ecosistemas forestales, así como la prevención y combate al robo y extracción ilegal de ellos, especialmente en las comunidades indígenas.³

Finalmente, resaltamos la obligación de la Semarnat de traducir las autorizaciones de aprovechamiento forestal a pueblos y comunidades indígenas; asimismo, deberá recabar el parecer de los representantes de una comunidad indígena, cuando las autorizaciones puedan afectar el hábitat de dicha comunidad.

¹ Artículo 45, fracción VII, Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de febrero de 2003, y entró en vigor al día siguiente de su publicación.

³ Véase artículo 33, fracción X, Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable.

Sobre este derecho de preferencia de los pueblos y comunidades indígenas consagrado en la Constitución, la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables, en su numeral 2o., fracción V, señala como uno de sus objetivos el procurar el derecho al acceso, uso y disfrute preferente de los recursos pesqueros y acuícolas de las comunidades y pueblos indígenas, en los términos que establezca la propia ley, de los lugares que ocupen y habiten; lo cual denota que no habla de los lugares de los cuales son propietarios, sino de aquellos lugares en los que ellos sean habitantes u ocupantes.

Asimismo, esta ley al regular el otorgamiento de concesiones y permisos, reconoce que se otorgarán preferentemente a los habitantes de las comunidades locales, siempre y cuando utilicen las artes de pesca autorizadas, y exista disponibilidad del recurso pesquero; a su vez, en igualdad de circunstancias, tendrán preferencia las solicitudes de las comunidades indígenas. Por otro lado, en su artículo 43, reconoce el derecho de los indígenas a ser escuchados cuando la concesión o permiso pueda afectar el hábitat de alguna de sus comunidades.

III. ANÁLISIS DE LOS DERECHOS AL USO Y DISFRUTE PREFERENTE DE LOS RECURSOS NATURALES Y A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, estableció en 1948, en su artículo 3o., que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, y aunque en esta declaración no se habla del medio ambiente, más tarde se ha asociado que ese derecho a la vida no puede existir sin que exista como garantía que el hombre se pueda desarrollar en un ambiente propicio para su desarrollo y bienestar. Posteriormente, en la Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano,⁴ se señaló que el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

A partir de estas dos declaraciones, en la Conferencia de Río (1992) a la que hacíamos alusión en la nota introductoria, se reitera el binomio vida saludable y naturaleza; así en nuestra Constitución, en 1971, en su artículo 73, fracción XVI, base 4a., se incorpora ya el término contaminación, a partir de este momento y después de varias leyes emitidas para proteger el ambiente, el 28 de junio de 1999 se incluye en el texto constitucional el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. María del Carmen Carmona Lara opina que el derecho a un medio ambiente adecuado se integra a partir de principios dentro de los que se encuentran los establecidos en el artículo 15, de la LGEEPA; señala también que esos principios consagran derechos dentro de los que se encuentran el derecho a la protección de la salud y al desarrollo sustentable, establecido en los artículos 4o., y 25 de la Constitución, respectivamente.⁵

Posteriormente, con la incorporación de la reforma sobre derechos indígenas al artículo 2o. constitucional, los principios fundamentales consagrados en él se encuentran estrechamente vinculados con el derecho a un medio ambiente adecuado, específicamente con el aprovechamiento de los recursos naturales.

Por lo que hace al derecho al uso y disfrute preferente de los recursos naturales, garantizado en el artículo 2o. constitucional, ya desde el siglo XX se había analizado la necesidad

⁴ Declaración de Estocolmo, 1972.

⁵ Cfr. Carmona Lara, María del Carmen, *Derechos en relación con el medio ambiente*, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, 2001, pp. 8 y 9.

de contar con leyes que protegieran a los pueblos y las comunidades indígenas, con independencia de la declaración que hace el artículo 27 constitucional de que la ley protegerá la integridad de sus tierras; sin embargo, años de olvido por parte de las políticas gubernamentales originaron que en enero de 1994 el Ejército Zapatista de Liberación Nacional se levantara en armas en contra del Gobierno federal, tomando el control en cuatro municipios del Estado de Chiapas. Enfatiza Margarita Herrera Ortiz que no obstante la desigualdad sociocultural del indígena mexicano, nuestros textos constitucionales habían permanecido ajenos e indiferentes, sin prestarles la menor atención, y como consecuencia se propició un aislamiento y un segregamiento de esta "clase social";⁶ podemos mencionar que el Ejército Zapatista de Liberación Nacional no ha sido el único actor dentro de los movimientos étnicos en nuestro país que ha logrado las reformas, pero sí uno de los más destacados, pues también con gran influencia en este sentido tenemos al Consejo Nacional Indigenista, así como a grupos de extracción indígena.⁷ A dos años del conflicto iniciado en 1994, se firmaron en 1996 los Acuerdos de San Andrés Larráinzar sobre derechos y cultura indígena, dentro de los cuales se planteó que como fin para alcanzar la paz, se tendrían que reconocer constitucionalmente sus derechos individuales, colectivos, culturales, etcétera.

Para lograr la pacificación en la zona, se creó la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) en 1995, la cual elaboró un proyecto de iniciativa de reforma a la Constitución que incorporó las demandas de los pueblos indígenas, pero los compromisos asumidos en el proyecto de iniciativa de la ley Cocopa no fueron tomados en consideración por la reforma constitucional aprobada por ambas cámaras en abril de 2001, publicándose la reforma al artículo 2o. constitucional, el 14 de agosto de 2001.

Por otro lado, la reforma a la Constitución, llamada indígena, no sólo obedeció al conflicto armado liderado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, sino que al ingresar México a la Organización Internacional del Trabajo en 1931, se obligó a que los convenios que hubiesen sido ratificados deberían ser incorporados en su legislación: el Convenio 169 fue aprobado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en junio de 1989; México ratificó el Convenio en agosto de 1990, el cual había sido aprobado previamente por el Senado de la República el 11 de julio de 1990. Otro instrumento que se anticipó a la reforma constitucional del 2001, lo constituye el principio 22 de la Declaración de Río, la cual no tiene la naturaleza de ser vinculante para nuestro derecho al tratarse de normas internacionales denominadas *soft law*, mismo que dispone que las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo, debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible. Este principio fue incorporado en el artículo 2o. constitucional al reconocerles a los pueblos indígenas su identidad al formar unidades sociales, económicas y culturales, asentadas en un territorio, y que poseen autoridades propias de conformidad con sus usos y costumbres; asimismo, se les garantiza la autonomía para mejorar y conservar su hábitat y preservar la integridad de sus tierras. En este mismo tenor, el apartado B, fracción VII, del artículo en comento, obliga a las autoridades a apoyar a las comunidades indígenas en sus actividades productivas y su desarrollo sustentable, mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos.

El Convenio 169 fue promulgado por el titular del Ejecutivo federal el 25 de septiembre de 1990, y de conformidad con lo establecido por el artículo 133 constitucional, precepto que reconoce en los tratados la única fuente de derecho internacional, las normas conte-

⁶ Cfr. Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de derechos humanos*, 4a., ed., México, Porrúa, 2003, p. 66.

⁷ *Ibidem*, p. 58.

nidas en esos instrumentos internacionales serán parte del orden jurídico nacional vigente, siempre que cumplan con los requisitos que la misma establece, veamos:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

El Convenio 169 suscrito por México:

tiene plena validez conforme al artículo 133 constitucional y pasa a formar parte del cuerpo normativo; al adaptar México las normas internacionales al cuerpo de leyes mediante el procedimiento internacionalmente aceptado llamado de remisión, las normas establecidas en el Convenio son de aplicación directa, es decir, no son susceptibles de reformulación, por lo que pueden y deben aplicarse como cualquier otra ley promulgada por los órganos competentes establecidos por el constituyente.⁸

En consecuencia, el texto del tratado fue incorporado en el contenido constitucional en la mayoría de sus principios; empero, en caso de controversia entre el tratado y una ley interna, ya sea constitucional, reglamentaria o local, debe prevalecer la del tratado, si es que fue posterior a la norma establecida en atención a lo que estipula el artículo 9o. del Código Civil federal; hasta hace algunos años, la Suprema Corte de Justicia se había pronunciado porque los tratados, junto con la Constitución y las leyes federales, son la ley suprema de toda la Unión. Este criterio del Poder Judicial Federal data de 1999; sin embargo, en una reciente tesis la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la ley suprema de la Unión, esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en la cual la Constitución se ubica en la cúspide, y por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

IV. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano, y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de “supremacía constitucional”, implícito en el texto del artículo en cita, claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la “ley suprema de la Unión”, esto es, conforman un *orden jurídico superior, de carácter nacional*, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.⁹

⁸ Cfr. Ordóñez Cifuentes, José Emilio, “El Convenio 169 en México y Guatemala. Interpretación constitucional comparada”, en *id.* (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 91.

⁹ Tesis P. VIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, México, novena época, t. XXV, abril de 2007, p. 6. Las cursivas son mías.

Jorge Carpizo menciona que este precepto enuncia el principio de supremacía constitucional por medio del cual se dispone que “la Constitución es la ley suprema, es la norma cúspide de todo orden jurídico... significa que una norma contraria —ya sea material o formalmente— a esa norma superior no tiene posibilidad de existir dentro de ese orden jurídico”.¹⁰ De conformidad con lo señalado anteriormente, la Constitución es la ley suprema de la Nación, por lo que los tratados deberán estar acordes con los principios que ella establece. Bajo esta misma opinión, Ignacio Burgoa Orihuela señala que la hegemonía de la Constitución, es decir del derecho fundamental interno de México, sobre los convenios y tratados en que se manifiesta el derecho internacional público, se corrobora con lo que establece el artículo 15 de nuestra ley suprema, en el sentido de que no son autorizables, o sea, concertables, tales convenios o tratados si en éstos se alteran las garantías y los derechos establecidos constitucionalmente para el hombre y el ciudadano.¹¹

Vale la pena resaltar que muchas de las obligaciones contraídas por México al signar el Convenio 169 no se incorporaron en el texto constitucional, o bien, como en el caso de los recursos naturales, la redacción quedó limitada como analizaremos posteriormente, lo cual ha originado que tanto para las comunidades indígenas como para las autoridades administrativas y jurisdiccionales, el cumplimiento, aplicación e interpretación del artículo 2o., respectivamente, haya resultado de gran dificultad porque en el Convenio no se establece limitante alguna para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales a fin de que los pueblos indígenas puedan ejercer la libertad de trabajo establecida como derecho en los artículos 4o. y 20 del propio convenio; sin embargo, en la Constitución se establecen limitaciones que obedecen al carácter patrimonialista de nuestro régimen constitucional; así como a las características propias del Estado rector mexicano, esto aunado a la demanda de otros ciudadanos de que su derecho constitucional a un medio ambiente adecuado se ve afectado cuando los grupos indígenas defienden su derecho al uso irrestricto de los recursos naturales que les confiere el Convenio 169.

Pero volviendo al análisis del artículo 2o. de la Constitución política, el Convenio 169, en su parte II, referente a las tierras, obliga a los Estados a respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos indígenas reviste su relación con las tierras o territorios, según los casos que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. Según el Convenio 169, al ser utilizado el concepto “tierras” por los artículos 15 y 16 que más tarde analizaremos, deberá incluir el concepto de territorios, concepto que debe abarcar la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera; hasta aquí el Convenio se refiere a las tierras que ocupan o utilizan, pero más adelante su artículo 14 dispone que deberá reconocérseles a los pueblos interesados el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, con lo cual obliga a los Estados a salvaguardar el derecho de dichos pueblos en los casos en los que utilicen tierras no ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. Como puede apreciarse, la reforma al artículo 2o. no reconoció la importancia que tienen las tierras y los territorios para las culturas indígenas, tampoco reconoció el término territorio, tal cual lo estipula el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, fortaleciendo los derechos ya reconocidos por la misma Constitución.

El artículo 15 del Convenio en análisis reconoce sin ninguna limitación que los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente; a su vez, define que esos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. A pesar de esta redacción, el artículo 2o., apartado A, fracción VI, de la carta magna, reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determi-

¹⁰ Cfr. Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, p. 1.

¹¹ Cfr. Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 360.

nación y a la autonomía para acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la 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 aquéllos que corresponden a las áreas estratégicas.

Como se puede apreciar del texto mencionado, la Constitución estableció límites a la propiedad y tenencia de la tierra de los indígenas, tal y como lo estipula el artículo 27 constitucional; asimismo, señala que el uso de los recursos naturales no podrá tener el carácter de preferente en el supuesto de que se encuentren en áreas estratégicas las cuales son ejercidas de manera exclusiva por el Estado, la cual es otra limitante.

La iniciativa de Ley de la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), elaborada por representantes de los tres principales partidos políticos, proponía en relación con los recursos naturales que los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y autonomía para acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidos éstos como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquéllos cuyo dominio directo pertenece a la nación; de esta propuesta de ley se observa que no existía restricción alguna para acceder a los recursos naturales, la cuestión que quedó fuera fue la mención a las comunidades indígenas, pero vale la pena resaltar que sí se incorporó el aspecto colectivo del uso y disfrute de los recursos naturales.

Por su parte, derivado de la firma de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y el gobierno de la Federación, se propuso que el Congreso de la Unión y las legislaturas estatales, al redactar las reformas legales para normar los acuerdos, deberían contener en materia de recursos naturales, la reglamentación de un orden de preferencia que privilegiara a las comunidades indígenas en el otorgamiento de concesiones para obtener los beneficios de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales; esta propuesta, a nuestra consideración, fue insuficiente ya que el régimen de preferencia en él plasmado hacía referencia a ser primeros en el otorgamiento de concesiones para aprovechamiento de recursos naturales, lo cual significaría que otros grupos no indígenas podrían también solicitarlas aún no siendo propietarios, poseedores u ocupantes de esas tierras, como en muchas ocasiones sucede, y que los pueblos indígenas tendrían preferencia, situación contraria al Convenio 169 que establecía el aprovechamiento de los recursos naturales sin limitación alguna. De cualquier manera, este régimen de preferencia en el otorgamiento de concesiones quedó fuera de la Constitución, pero tal y como lo señalábamos en el análisis de las leyes ambientales, sí están considerados con un derecho preferente al solicitar permisos o concesiones.

Apunta César Nava Escudero que la reforma de 2001 es una reforma que recoge parcialmente lo establecido en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar y en la Ley Cocopa, e incluso discrepa de la esencia de muchas disposiciones establecidas en ambos documentos. Es, en el mejor de los casos, una reforma inacabada que ni siquiera supo plasmar en sus líneas las aspiraciones legítimas de los pueblos indios de este país a sus recursos naturales.¹²

Pero la propuesta de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar de incorporar el carácter de preferencia en el otorgamiento de concesiones para aprovechamiento de los recursos naturales fue incorporado en el multicitado artículo 2o., como una preferencia de las comunidades indígenas para el uso y disfrute preferente de los recursos naturales, eliminando los conceptos de pueblos indígenas así como el de colectividad. Pero qué significa un derecho preferente, qué alcance tiene respecto de otros derechos y obligaciones de los propios pueblos y comunidades indígenas.

¹² Cfr. Nava Escudero, César, *Estudios ambientales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 386.

En materia civil, Gutiérrez y González, en su obra *Derecho de las obligaciones*, define el derecho de preferencia o derecho por el tanto, como la facultad pactada entre comprador y vendedor para que éste adquiriera la misma cosa vendida con preferencia que un tercero.¹³ Por su parte, Rafael Rojina Villegas explica que el derecho de preferencia se da en las ventas a plazo o de contado, cuando el comprador no cubra el precio, el vendedor tiene además de la garantía general sobre los bienes embargables del comprador, una garantía especial sobre los bienes vendidos para que su valor, en el caso de insolvencia, de quiebra o de concurso de este último, se aplique al pago del precio.¹⁴ En relación con este tema, la Ley Agraria regula el derecho de preferencia para la asignación de tierras, así como de derechos parcelarios; asimismo, el artículo 85 de la citada ley se refiere al derecho de preferencia equiparándolo al del tanto; entonces el derecho preferente podría definirse como la facultad de que goza una persona para adquirir un bien con preferencia de otra persona, lo cual implicaría, para el caso que nos ocupa, que el uso y disfrute de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas se da respecto de otras comunidades indígenas o bien otros grupos de la sociedad, pero no implica que el ejercicio de ese derecho sea ilimitado y que el aprovechamiento de los recursos naturales no deba hacerse respetando la legislación ambiental vigente.

Sobre este tenor, la Constitución política en su artículo 2o., apartado A, fracción V, establece el reconocimiento y garantía del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación y autonomía para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos, este reconocimiento que, a su vez, también es una garantía de los pueblos indígenas para conservar su hábitat, significa que el Estado debe velar porque esa garantía sea respetada por parte de las autoridades; pero ¿cómo debe la autoridad velar por el cumplimiento de una garantía si el titular de dicha garantía utiliza inequilibradamente los recursos naturales, fragmentando el ecosistema y poniendo en peligro el hábitat y los elementos que lo conforman?

A su vez, el artículo 4o. del Convenio 169 dispone que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados, siempre que tales medidas no sean contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados, lo que significaría que si los pueblos interesados desean aprovechar libremente los recursos naturales, entonces se les debe respetar esa voluntad; sin embargo, continúa señalando el propio artículo que el goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía, es decir, el derecho a un medio ambiente adecuado, no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.

Por su parte, el artículo 7o., inciso 4, del Convenio en análisis establece que los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que ocupan, esta disposición obliga a ambas partes a proteger y preservar los recursos naturales. En este orden de ideas, al mencionar el artículo 15 del Convenio que los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales consistirán en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, se deduce que el ejercicio de un derecho trae aparejada una obligación, que en el caso concreto consiste en la conservación de los recursos naturales a cargo de pueblos y comunidades indígenas.

El proyecto de la Declaración Americana de los Pueblos Indígenas, la cual consiste en una base jurídica para respetar, reconocer y cumplir con los derechos de los pueblos indígenas de América, en su artículo XIII, relativo al derecho a la protección del medio ambiente,

¹³ Cfr. Gutiérrez y González, Ernesto, *Derechos de las obligaciones*, 5a. ed., México, Cajica, 1976, p. 367.

¹⁴ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. IV: *Contratos*, 12a. ed., México, Porrúa, 1980, p. 139. Véase el artículo 2993 del Código Civil Federal.

se refiere a siete temas esenciales para que los indígenas salvaguarden su derecho a un medio ambiente adecuado, los cuales consisten en:

- Derecho a un medio ambiente sano y seguro.
- Derecho a la información.
- Derecho de conservación, restauración y protección del ambiente.
- Derecho de participación en la toma de decisiones.
- Derecho de asistencia técnica para proteger el medio ambiente.
- Derechos asociados a la protección de sus derechos en relación con materiales o residuos radioactivos, sustancias y residuos tóxicos, armas químicas, biológicas o nucleares.
- Derechos asociados a las áreas naturales protegidas.

Asimismo, esta Declaración reconoce en su artículo XVII el principio fundamental del derecho de los pueblos indígenas al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio y disfrute de territorios y propiedades. Esto se vincula con los aspectos ambientales, ya que el acceso a los recursos naturales, tierras, aguas, bosques y biodiversidad, depende del reconocimiento de la política de conservación como modalidad a las formas de posesión, dominio y disfrute de los territorios y la propiedad.¹⁵ Esto tiene que ver con que el derecho preferente del artículo 2o. constitucional no es un derecho que predomine sobre el del medio ambiente adecuado, en virtud de que en nuestras leyes se establecen modalidades a partir de la Constitución para conservar los recursos naturales, lo cual no implica su no utilización de manera estricta, sino su aprovechamiento sustentable. La Suprema Corte de Justicia emitió una tesis en la cual reconoce el principio territorial de los pueblos y el derecho preferente de las comunidades al uso y disfrute de los recursos naturales de los lugares que ocupan, haciendo un análisis sobre el texto del artículo 2o. constitucional, y concluyendo que se advierte que dicho precepto consagra el principio territorial de los pueblos indígenas, al 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 de decidir su forma interna de organización económica.¹⁶

Sobre todo porque los pueblos y comunidades indígenas son quienes tienen mayor conocimiento de la biodiversidad y riqueza de sus ecosistemas al haber sido detentadores por siglos de los recursos naturales, además porque esos conocimientos han pasado de generación en generación y deben ser aprovechados por los actuales grupos indígenas, con lo cual se fortalece el concepto de desarrollo sustentable de aprovechar y proteger los recursos naturales para mejorar la calidad de vida de ellos, sin comprometer la satisfacción de las generaciones futuras.¹⁷ Así, la reforma al artículo 2o., apartado B, fracción VII, garantiza la determinación de políticas para el desarrollo integral de los pueblos y comunidades indígenas, las que deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos, con el fin de abatir carencias y rezagos que los afecten, por lo que se deberá apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de dichas comunidades mediante acciones que per-

¹⁵ Cfr. Carmona Lara, María del Carmen, "Aspectos ecológicos y ambientales de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas: una mirada jurídica", en Ordóñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *op. cit.*, p. 24.

¹⁶ Tesis 2a. CXXXVIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, México, novena época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 445.

¹⁷ Según el artículo 9o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras —aprobada el 26 de febrero de 1994 en La Laguna por los participantes en la Reunión de Expertos UNESCO-Equipo Costeau—, las personas de las generaciones futuras tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado.

mitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para inversiones públicas y privadas para su desarrollo productivo.

No obstante lo expresado, la falta de apoyos gubernamentales a algunas comunidades indígenas para ejercer actividades productivas que les permitan no sólo el autoconsumo para lograr la supervivencia, sino obtener beneficios económicos a largo plazo, ha propiciado que el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales no se dé en la práctica, ya que se aprovechan los recursos naturales indiscriminadamente sin tomar en consideración que se requieren permisos y autorizaciones; además de respetar las restricciones que la normatividad ambiental impone para su aprovechamiento, de manera específica cuando se trate de áreas naturales protegidas.

Lo anterior ha sido cuestionado por pueblos y comunidades indígenas al ver limitado su derecho constitucional al uso preferente de los recursos naturales y a su libertad de trabajo, establecidas ambas garantías en el Convenio 169 y tuteladas por los artículos 2o. y 123 constitucionales, respectivamente; cuestión que se confronta con el derecho a un medio ambiente adecuado que hace valer la sociedad, y que las autoridades ambientales deben hacer respetar al emitir permisos y autorizaciones, y ante el incumplimiento de la normatividad ambiental, imponer sanciones.

Entonces, tal derecho preferente de los pueblos y comunidades indígenas al uso de los recursos naturales se encuentra en colisión con el derecho a un medio ambiente adecuado, porque ¿cuál de los dos pesa más?, ¿a cuál se le debe dar más valor?, no obstante que la Constitución establece normas de igual valor y ningún derecho debe prevalecer sobre los demás, porque esto contravendría las propias disposiciones constitucionales. De conformidad con la interpretación constitucional, el significado de una norma debe ser congruente con lo dispuesto por las demás, es decir, el orden constitucional es un conjunto de valores que aplica cualidades y preferencia a los bienes que tutela, entonces esos bienes tutelados por ella podrían ser susceptibles de valoración; por lo anterior, parecería que entonces los derechos preferentes son superiores; sin embargo, en ocasiones pueden ser restringidos, en virtud a que no existen derechos absolutos, sino derechos que deben coexistir armónicamente.

Ignacio Villaverde Menéndez opina que los conflictos, si existen, lo son entre el derecho fundamental y sus límites; y en la medida en que entre sus límites están los derechos fundamentales o constitucionales de terceros, sí se puede decir que existen conflictos entre derechos fundamentales. Lo que ocurre es que esta forma de expresarse es engañosa, ya que hace pensar en una *colisión entre derechos* cuando la colisión es entre el derecho fundamental y sus límites.¹⁸ De acuerdo con esto, cada caso debe ser analizado confrontándose cada derecho fundamental con sus límites constitucionales, determinando así el ámbito de su protección y resolver su aparente colisión.

Entonces, los límites del derecho preferente al uso preferente de los recursos naturales estarían circunscritos a no hacer uso de ellos cuando las leyes ambientales establezcan limitaciones legales para preservar los recursos, y por otra parte, el derecho al medio ambiente adecuado se vería limitado por el derecho a trabajar, garantizado por la Constitución y por el uso de los recursos provenientes de sus tierras. Pero no es cuestión de ponderación de los valores que representan, porque ambos valores son de igual importancia, sino de delimitación y proporción entre ellos; pero en algunas ocasiones con los límites, como el asunto que nos ocupa, no se puede encontrar la fórmula exacta para resolver la colisión de derechos, por lo que se puede acudir al principio de proporcionalidad.

¹⁸ Cfr. Villaverde Menéndez, Ignacio, "La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad", en Carbonell, Miguel (coord.), *Proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 161.

Miguel Carbonell apunta que el principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos.¹⁹ En este sentido, el principio de proporcionalidad es una técnica interpretativa para analizar los límites de los derechos fundamentales. Este principio sugiere que la restricción a un derecho fundamental debe hacerse lo menos posible, tomando en cuenta que las medidas restrictivas busquen el fin perseguido, y que haya proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias del caso concreto, es decir, la situación de aquel que ha recibido el sacrificio en su derecho, siempre que ese derecho fundamental no deba ser limitado más allá de lo estrictamente necesario para evitar un mal que pueda ser mayor. Al respecto, nuestros tribunales judiciales han emitido algunas tesis, dentro de las que destaca la siguiente:

Teoría de los principios. Sus elementos. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad, II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable; es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás; en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.²⁰

Las cuestiones anteriormente expuestas han sido motivo de análisis de los tribunales constitucionales de nuestro país; empero, no es el Poder Judicial federal el único obligado a hacer estas consideraciones sobre la colisión de derechos, su prevalencia, su delimitación y proporcionalidad que permitan llegar a una sentencia que ejerza un verdadero control constitucional. También las autoridades administrativas están obligadas a dar cumplimiento al texto constitucional y a hacer respetar las garantías individuales, sobre este tenor, también el Poder Legislativo debe incorporar en las leyes secundarias la regulación a los derechos fundamentales.

Consideramos que ambos preceptos, 2o. y 4o. constitucionales, reconocen principios y valores de igual importancia y jerarquía, y que el uso preferente reconocido por el primero de estos preceptos no tendría que verse desplazado por el del medio ambiente adecuado; en especial, cuando la legislación ambiental de carácter secundario limita el aprovechamiento de recursos naturales por el bien del interés social; asimismo, el derecho a un medio ambiente adecuado tampoco debe verse desplazado cuando en la propia normatividad ambiental se reconoce la posibilidad de aprovechar sustentablemente los recursos o cuando los mismos son utilizados en actividades domésticas, religiosas o de usos y costumbres por los pueblos y las comunidades indígenas. En consecuencia, ambos derechos deben coexistir, armonizarse, hacer que el vínculo entre el derecho al acceso preferente de los recursos naturales, por parte de los pueblos indígenas, y el medio ambiente adecuado encuentren un equilibrio para proteger el interés de la sociedad y el de la colectividad que consiste en tener un ambiente propicio para el desarrollo de todos.

Es claro, apunta Christian Vidal León, que la defensa de las culturas indígenas y la protección del medio ambiente son dos aspectos que deben ser complementarios uno del otro.

¹⁹ Carbonell, Miguel, "Nuevas formas de proteger los derechos fundamentales", en *id.* (coord.), *op. cit.*, p. 8.

²⁰ Tesis I.4o.A.60 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, novena época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1579.

Esto significa que no podemos sacrificar uno de ellos para poder garantizar el otro. Porque para la subsistencia y preservación de sus costumbres, los pueblos indígenas requieren forzosamente del medio ambiente, tal como lo han habitado desde siempre.²¹

V. EL CASO DE LOS INDÍGENAS CUCAPÁ Y LA PESCA DE LA CURVINA GOLFINA

1. *La regulación jurídica sobre la pesca de la curvina golfina y su relación con el grupo indígena cucapá*

El grupo indígena cucapá está estrechamente vinculado con la pesca de la curvina golfina en el río Colorado, ubicado en el norte de México; los hallazgos arqueológicos encontrados en la zona indican que tienen una antigüedad de más de 9350 años a. de C., y que los habitantes de San Dieguito fueron los primeros pobladores de la región del Alto Golfo de California, y ocuparon el delta y márgenes del río Colorado. Por lo que su cultura estuvo ligada al río Colorado, y su delta, dependiendo su vida, desde ese entonces, del río.

Aprovechaban las márgenes del río para sembrar, preparando el suelo enriquecido y húmedo del delta una vez que habían terminado las inundaciones de primavera y del verano, su alimentación se basaba en la pesca y la agricultura de hierbas y trigo. Hace muchos años, el delta del río presentaba vegetación muy densa, compuesta por sauces, álamos, mezquites y plantas anuales. Actualmente, debido a la presencia de presas en la parte alta de la cuenca y a la desviación de los afluentes de agua al río Colorado, los cucapá han abandonado la agricultura. Los peces que capturaban con arpones, redes y trampas están casi extintos en el área, así como la mayoría de los animales que cazaban con sus arcos y flechas.²²

La curvina golfina, cuyo nombre científico es *Cynoscion othonopterus*, es una especie endémica del Golfo de California, dado que su distribución conocida es desde la Región de La Paz, Baja California Sur, hasta el delta del río Colorado, su pesquería dejó de migrar al delta desde hace 20 a 25 años, hasta que resurgió a principios de los años noventa llegando a ocupar el 2o. lugar en importancia pesquera, realiza migraciones al igual que la totoaba (pez gigante que puede llegar a medir hasta dos metros y pesar hasta 130 kilos) a las áreas de desove en el Alto Golfo y delta del río Colorado, en octubre y hasta mayo, por lo que se puede considerar que la curvina puede ser potencialmente capturada durante el periodo de octubre a mayo, y su aprovechamiento se realiza principalmente en los meses de febrero a abril,²³ que coincide con el periodo de cuaresma, cuando la demanda del producto se incrementa a nivel nacional.

Sobre su aprovechamiento, es importante decir que esta especie es susceptible de éste, pero bajo un esquema de manejo que asegure el mantenimiento de sus poblaciones y reduzca los riesgos de interacción con otras especies. De esta manera, las operaciones de

²¹ Cfr. Vidal León, Christian Manelic, "El derecho al medio ambiente sano y su evolución internacional. Logros y retos", en varios autores, *El derecho humano a un medio ambiente sano. 6o. Certamen de Ensayo sobre Derechos Humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-LIV Legislatura del Estado de México, 2003, p. 134.

²² Programa de Manejo de la Reserva de la Biosfera denominada Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en 1995.

²³ NOM-063-PESC-2005, Pesca responsable de curvina golfina (*Cynoscion othonopterus*) en aguas de jurisdicción federal del Alto Golfo de California y delta del río Colorado. Especificaciones para su aprovechamiento, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 16 de agosto de 2007, la cual tiene por objeto establecer los términos y condiciones para el aprovechamiento de la *curvina golfina*, siendo de observancia obligatoria para las personas que se dedican al aprovechamiento de esta especie en el Alto Golfo de California y delta del río Colorado.

pesca de la especie y su producción por mes, se realizan e intensifican durante las mareas vivas de febrero a mayo, durante la migración reproductiva anual de la especie a los campos de desove y crianza en el extremo norte del Golfo de California y delta del río Colorado. La zona de pesca autorizada para la captura de la curvina corresponde a la Zona de Amortiguamiento de la Reserva de la Biosfera del Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, tanto en la porción marina como en el río Colorado.

La Reserva de la Biosfera denominada Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado fue creada mediante decreto publicado en 1993, debido a la diversidad biológica que coloca al área como una zona importante para la conservación de las especies en peligro de extinción como la vaquita marina (*Phocoena sinus*), la totoaba (*Totoaba macdonaldi*), el pez cachorrito del desierto (*Cyprinodon macularius macularius*) y el palmoteador de Yuma; en 1995 se concluyó la elaboración del Programa de Manejo, que se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de julio de 1996.

El punto 3.4.1 de dicho Programa y que se refiere a los lineamientos y criterios ecológicos por política ambiental, establece la prohibición de la explotación de los recursos naturales, autorizando únicamente los casos identificados como actividades tradicionales, específicamente la pesca por la comunidad cucapá en los canales de la desembocadura del delta del río Colorado, así como la recolección de almejas por los lugareños de El Golfo de Santa Clara en la porción este de la Isla Montague y San Felipe, dejando a la entonces autoridad competente en pesca, Secretaría de Medio Ambiente, Recursos Naturales y Pesca, la facultad de establecer medidas específicas.

De lo anterior se desprende que el Programa de Manejo sí permite, de manera excepcional la pesca por parte de los cucapá en el delta del río Colorado, sin embargo, las reformas de diciembre de 1996 a la LGEEPA modificaron, entre otras cuestiones, la regulación jurídica sobre las áreas naturales protegidas. Es así que en el artículo 49 del citado ordenamiento se introdujo expresamente la prohibición para llevar a cabo actividades dentro de las zonas núcleo de todas las categorías de las áreas naturales protegidas previstas en la ley, es decir, incluyendo las de la Reserva de la Biosfera:

Artículo 49. En las zonas núcleo de las áreas naturales protegidas quedará expresamente prohibido:

- I. Verter o descargar contaminantes en el suelo, subsuelo y cualquier clase de cauce, vaso o acuífero, así como desarrollar cualquier actividad contaminante;
- II. Interrumpir, rellenar, desecar o desviar los flujos hidráulicos;
- III. Realizar actividades cinegéticas o de explotación y aprovechamiento de especies de flora y fauna, silvestres, y extracción de tierra de monte y su cubierta vegetal;
- IV. Introducir ejemplares o poblaciones exóticas de la vida silvestre, así como organismos genéticamente modificados, y
- V. Ejecutar acciones que contravengan lo dispuesto por esta Ley, la declaratoria respectiva y las demás disposiciones que de ellas se deriven.

Esto implica que la prohibición expresa de la fracción tercera del artículo en mención deroga toda autorización previa para ejercer la pesca, así como la mención establecida en el Programa de Manejo, ya que éste tiene menor jerarquía normativa que la ley, por lo que no se permite la pesca en el delta del río Colorado; en consecuencia, el reclamo del grupo cucapá de que la legislación ha modificado los derechos que como grupo indígena tenían de manera ancestral para aprovechar sus recursos naturales.

Cabe mencionar que la fracción tercera fue modificada por reformas de 2007, incorporando, asimismo, la prohibición de extraer de las zonas núcleo, tierra de monte y su cubierta vegetal.

El artículo 48 de la LGEEPA, en su párrafo segundo, dispone que en las zonas núcleo de las reservas de la biosfera únicamente se podrá autorizar la ejecución de actividades de

preservación de los ecosistemas y sus elementos, de investigación científica y educación ambiental, prohibiéndose los aprovechamientos que alteren los ecosistemas. Las zonas núcleo revisten especial importancia, ya que su principal objetivo es la preservación de los ecosistemas a mediano y largo plazo. En este tenor, el propio artículo 48 en su párrafo tercero señala que en las zonas de amortiguamiento²⁴ sólo podrán realizarse actividades productivas emprendidas por las comunidades que ahí habitan o con su participación, y que sean compatibles con el aprovechamiento sustentable y el Programa de Manejo.

De lo mencionado se deduce que de la pesca libre se pasó a una regulada, por lo que la pesca de la curvina golfina por la comunidad indígena cucapá únicamente puede llevarse a cabo en la zona de amortiguamiento, con lo cual dicha comunidad no está de acuerdo, dado que en la zona núcleo, donde está prohibida la pesca, es más fácil pescar por encontrarse concentrado ahí el recurso. No se debe olvidar que, dado el crecimiento de esta comunidad, ahora se utilizan embarcaciones con motores de mayor capacidad para la pesca, lo cual ha obedecido a la modificación de los patrones económicos de nuestro país, y que consideramos como totalmente válido que cualquier grupo ejerza su libertad al comercio para allegarse de beneficios económicos a largo plazo para beneficio de ellos mismos y sus hijos. Se han modificado los patrones de la comunidad cucapá, de una situación de autoconsumo se ha tornado a una venta a mayor escala que obedece a la demanda del mercado. La antropóloga Alejandra Navarro señala que:

La integración de los cucapá al sistema productivo de libre mercado transforma a su vez la organización de la vida cotidiana de la población... en este caso, la pesca en gran escala, destinada a la comercialización de la curvina golfina, está más relacionada con las lógicas del libre mercado que con las lógicas locales de reproducción de la cultura cucapá, o con los patrones regionales de organización social y económico.²⁵

Los cucapá obtienen pocos ingresos por la venta de sus productos debido a la presencia de intermediarios, quienes comercializan el recurso pesquero obteniendo ganancias en su beneficio.

Como parte de la regulación jurídica, es importante considerar el acuerdo por el que se establece veda temporal para la captura de curvina golfina (*Cynoscion othonopterus*) en las aguas marinas y estuarinas de jurisdicción federal de la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, durante el periodo del 1o. de mayo al 31 de agosto de cada año, lo anterior en virtud a que la especie realiza migraciones a las áreas de desove desde octubre hasta mayo, por lo que puede ser potencialmente capturada en estos meses, y su aprovechamiento principal se da entre febrero y abril. Este acuerdo ha sido criticado por proteger la reproducción y no el crecimiento, y porque a pesar de que la curvina llega en febrero al desemboque del delta para desovar, la veda entra en vigor el 1o. de mayo cuando ya terminó dicha actividad.

2. Infracciones a la normatividad ambiental por pescar en zona núcleo de un área natural protegida

De acuerdo con la LGEEPA, la inspección y vigilancia de la misma, así como de su reglamento en materia de áreas naturales protegidas, le corresponde a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), órgano desconcentrado de la Semarnat.

²⁴ Véase artículo 47 bis, fracción II, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, que señala que las actividades realizadas en las zonas de amortiguamiento deberán conducir al desarrollo sustentable y lograr la conservación de los ecosistemas.

²⁵ Cfr. Navarro, Alejandra, *Cucapás, derechos indígenas y pesca. Dilemas del sistema productivo pesquero vis-à-vis con las políticas de conservación de las especies en el Golfo de California*, México, 2008, p. 182, http://www.antropologiavisual.cl/navarro_12.htm.

En caso de que se lleve a cabo el aprovechamiento de recursos naturales en zonas núcleo de las áreas naturales protegidas, y específicamente, en el caso que nos ocupa, se pesque curvina golfina dentro de la zona núcleo de la Reserva de la Biosfera, o bien se pesque dicha especie dentro de la zona de amortiguamiento sin la autorización correspondiente, la Profepa, dentro del procedimiento de inspección y vigilancia, podrá imponer como medida de seguridad el aseguramiento de equipo, bienes, vehículos, especies de vida silvestre e instrumentos directamente relacionados con la conducta que da lugar al aseguramiento, y al término de dicho procedimiento procederá al decomiso; asimismo, podrá imponer las sanciones correspondientes atendiendo a la gravedad de la infracción, la intencionalidad o negligencia de la acción, así como a las condiciones económicas de los infractores, entre otros criterios, siempre que se actualicen infracciones a los artículos 47 bis, fracción I, 48 y 49 de la multicitada LGEEPA que se refieren a la importancia y actividades permitidas en las zonas núcleo de las áreas naturales protegidas, asimismo, por infracciones a los artículos 81, fracción II, inciso d), y 88, fracción VI, de su reglamento en materia de áreas naturales protegidas, las cuales regulan que los aprovechamientos que se lleven a cabo en áreas naturales protegidas deberán atender a criterios de desarrollo sustentable, siempre y cuando no se afecten zonas de reproducción o especies en veda o en riesgo, y que se requerirá de autorización para llevar a cabo el aprovechamiento de recursos pesqueros dentro de las áreas naturales protegidas.

Con lo anterior se da inicio a lo que los indígenas cucapá han denominado “la lucha jurídica por la pesca en la zona núcleo”, dando lugar a juicios de amparo, en los cuales ellos se han amparado en contra, tanto de la publicación del Acuerdo por el que se establece veda temporal para la captura de curvina golfina (*Cynoscion othonopterus*), en las aguas marinas y estuarinas de jurisdicción federal de la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, durante el periodo del 1o. de mayo al 31 de agosto de cada año, publicado el 25 de agosto de 2005, como del primer acto de autoridad consistente en su aplicación, ante lo cual los jueces de distrito han negado la suspensión del acto, no concediendo la medida cautelar, porque se permitiría la realización de actividades que pondrían en riesgo al medio ambiente, al permitirse pescar en una zona declarada como reserva, debiendo entonces prevalecer el interés general sobre el particular.

Asimismo, se han interpuesto amparos en contra del impedimento de pescar en la zona, de la instauración de procedimientos administrativos, embargo de embarcaciones y productos de pesca, imposición de multas, intimidación, privación ilegal de la libertad, violación a su derecho preferente al uso de recursos naturales, impedimento de libre tránsito y libre ejercicio de su libertad de trabajo, entre otros. Sin embargo, los amparos han sido sobreseídos por no acreditar su interés jurídico por no sufrir ningún daño, o bien por no acreditar que forman parte de una comunidad indígena.

En algunos juicios de amparo no se ha entrado a analizar las cuestiones de fondo planteadas por los grupos indígenas, tal vez valdría la pena que nuestros tribunales judiciales federales se pronunciaran respecto del uso preferente de recursos naturales y el derecho a la libertad de trabajo en relación con el derecho a un medio ambiente adecuado. La propia reforma al artículo 2o. constitucional introdujo el reconocimiento del derecho para que pueblos y comunidades indígenas accedan plenamente a la jurisdicción del Estado, y que para garantizar ese derecho en todos los juicios y procedimientos en los que sean parte, ya sea individual o colectivamente, se tomen en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de la Constitución.

En concordancia con la reforma constitucional del artículo 2o., el artículo 222 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles fue adicionado el 18 de diciembre de 2002 para garantizarle a los indígenas el acceso pleno a la jurisdicción del Estado en los procedimientos en que sean parte, por lo que el juez deberá considerar, al momento de dictar la resolución, sus usos, costumbres y especificidades culturales.

Por lo expuesto, hoy vemos que el acceso a la justicia para los grupos y comunidades indígenas empieza a plantearse, no solamente para dar cumplimiento al mandato constitucional a ser juzgados tomando en cuenta su cultura, sino el ser tomados en consideración para los planes y proyectos gubernamentales que tengan que ver con sus tierras, hábitat y recursos naturales, lo que implica incorporarlos para el tema ambiental en proyectos alternativos para completar su desarrollo, hacerlos partícipes del cuidado, conservación y aprovechamiento sustentable de la riqueza natural que poseen.

Finalmente, para lograr el acceso a la justicia no sólo la que se refiere a la materia ambiental, sino en todas las materias que rigen la vida de los pueblos y comunidades indígenas, y a fin de cumplir con la reforma al artículo segundo constitucional, se deberá crear un cuerpo de traductores e intérpretes acreditados oficialmente, así como un grupo de defensores de oficio cuyos conocimientos versen sobre cultura, usos y costumbres indígenas; también, los juzgadores tendrán que ser juristas especializados en derecho indígena, derecho agrario y derecho ambiental, a fin de dictar resoluciones acordes con las características de esos grupos vulnerables.

VI. CONCLUSIONES

Al contener la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos normas de igual valor, en donde ninguna de ellas debe contraponerse con otra, es que los derechos a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, y al uso preferente de los recursos naturales por parte de grupos y comunidades indígenas, deben ser compatibles, para establecer un vínculo inseparable entre ellos; a cada uno de ellos se les deberá reconocer sus límites y la importancia que cada uno de ellos tiene para hacer posible su coexistencia en nuestro marco jurídico.

El aprovechamiento sustentable de los recursos naturales tendrá que ser una constante, a fin de que los pueblos y comunidades indígenas cumplan con la garantía que, a su vez, es una responsabilidad de ejercer la libre determinación y autonomía para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras. Asimismo, el Convenio 169, al reconocer los derechos indígenas, establece que esos derechos comprenden su derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. Lo cual está íntimamente vinculado con la preservación del equilibrio ecológico y protección al ambiente, a fin de no comprometer las necesidades de las generaciones futuras.

A pesar de no haber sido objeto del presente análisis, a la reforma a la carta magna llamada indígena hace falta la expedición de leyes federales y estatales que determinen el verdadero alcance de la incorporación de los derechos de pueblos y comunidades indígenas.

A pesar de que el Convenio 169 no estableció ninguna restricción sobre el uso de los recursos naturales, la Constitución consideró el acceso preferente a dichos recursos, lo cual acotó ese derecho siendo contrario a los intereses de los grupos indígenas.

Respecto de la inclusión al texto constitucional de los compromisos del Convenio 169 tendrán que analizarse los conceptos que quedaron fuera, como el referente al territorio, ya que este reconocimiento legítimo a su territorio ayudaría a que los pueblos y comunidades indígenas aprovecharan de mejor manera sus recursos naturales. Sobre este particular, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados y participar en las decisiones respecto a sus intereses quedó acotado en la Constitución, ya que ésta únicamente establece la consulta, a diferencia del Convenio 169 que en su artículo 6o. prevé que toda medida legislativa o administrativa que involucre los intereses de los pueblos indígenas debe ser consultada estableciendo los mecanismos que faciliten su participación; no así en materia ambiental, donde sí se permite su participación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Burgoa, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 5a. ed., México, Porrúa, 1984.
- Carbonell, Miguel (coord.), *Proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008.
- Carmona Lara, María del Carmen, *Derechos en relación con el medio ambiente*, México, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura-UNAM, 2001.
- Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- Gutiérrez y González, Ernesto, *Derechos de las obligaciones*, 5a. ed., México, Cajica, 1976.
- Herrera Ortiz, Margarita, *Manual de derechos humanos*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003.
- Nava Escudero, César, *Estudios ambientales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio (coord.), *Análisis interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil*, t. IV: *Contratos*, 12a. ed., México, Porrúa, 1980.
- Tesis P. VIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, novena época, t. XXV, abril de 2007.
- Tesis I.4o.A.60 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, novena época, t. XXII, septiembre de 2005.
- Tesis 2a. CXXXVIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, novena época, t. XVI, noviembre de 2002.
- Vidal León, Christian Manelic, "El derecho al medio ambiente sano y su evolución internacional. Logros y retos", en varios autores, *El derecho humano a un medio ambiente sano. 6o. Certamen de Ensayo sobre Derechos Humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México-LIV Legislatura del Estado de México, 2003.

Fuentes electrónicas

- Navarro, Alejandra, *Cucapás, derechos indígenas y pesca. Dilemas del sistema productivo pesquero vis-à-vis con las políticas de conservación de las especies en el Golfo de California*, México, 2008, http://www.antropologiavisual.cl/navarro_12.htm.
- <http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/resena-cucapa.doc>.
- <http://www.ezln.otg.documentos/2000/2001202c.es.htm>.
- <http://www.diputados.gob.mx/leyesbiblio/index.htm>.