

Composición pluricultural de la nación. Artículo segundo constitucional

Mario CRUZ MARTÍNEZ*

* Profesor-investigador de la Universidad Iberoamericana, Plantel Santa Fe.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos indígenas en México y el nuevo derecho común latinoamericano*. III. *La gramática de los derechos indígenas en México*. IV. *Igualdad jurídica y dignidad humana*. V. *La costumbre indígena*; VI. *Derecho de autodeterminación*. VII. *Derecho a la consulta*. VIII. *Derecho a la participación política*. IX. *Derecho al territorio*. X. *Conclusiones*.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas; discriminación; multiculturalidad, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Corte Interamericana de Derechos Humanos; autodeterminación; derecho a la consulta; costumbre indígena; propiedad comunitaria.

I. Introducción

En los últimos años la cuestión indígena ha sido concebida y entendida, principalmente, bajo dos perspectivas: los movimientos sociales indígenas y el auge del derecho internacional de los derechos humanos. En el primer rubro la lucha denodada de un buen número de actores sociales y políticos ha sido determinante para la conformación de un poderoso movimiento que en los últimos años ha adquirido importancia en América Latina, y que ha hecho visible la falta de equidad del Estado nacional en la aplicación correcta de políticas públicas que palien las carencias materiales, económicas y sociales en que históricamente han vivido los pueblos indígenas.¹ En este sentido, el escuálido andamiaje jurídico y la falta de esquemas institucionales, han prohiado en México, lo que un autor ha caracterizado como un modelo estatal débil y por consiguiente, una "democracia débil".² Esto ha ido a la par, de un fenómeno en donde la ciencia jurídica y los aplicadores del derecho han participado de forma determinante: la internacionalización de los derechos indígenas bajo el

¹ Véase AMBOS, Kai, *et al*, *Justicia de transición con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung-Georg-August-Universität-Göttingen, Montevideo 2009, p. 326 y ss., donde se explica el caso de México y la fuerte presencia de grupos sociales, indígenas en ciertas entidades federativas, que han señalado las grandes desigualdades de México. El informe sobre México lo desarrolla Elia Patricia Neri Guajardo.

² Véase, Holzner, Claudio A., "Mexico: Weak state, Weak Democracy", en *The Quality of Democracy in Latin America* (Edited by Daniel H. Levine and José E. Molina), Lynne Rienner Publishers, Londres 2011, p. 83 y ss.

esquema de los derechos humanos. Así, en lo que concierne la globalización de los derechos humanos, como discurso e ideología, el derecho indígena ha logrado constituir un corpus bien definido, como evidenciar la desigualdad en el ejercicio de los derechos civiles y políticos y más aún, la falta total de atención de los gobiernos nacionales para el ejercicio pleno de los derechos económicos, sociales y culturales de las comunidades indígenas.³ Es evidente que la cuestión social y cultural es un tema recurrente en el debate sobre los derechos indígenas. En otras palabras, se advierte una cuestión indispensable en el derecho indígena, la forma cómo los derechos humanos de los pueblos indígenas se ejercen de manera colectiva.⁴ Tan es así, que la bibliografía ha resultado copiosa para la poliédrica cuestión indígena. De tal manera se advierte la importancia que tiene el derecho indígena en el constitucionalismo y en las democracias latinoamericanas.

En esta perspectiva, resulta necesario el análisis que se planteará en las siguientes páginas. La reciente reforma constitucional del 10 de junio de 2011 articula una oportunidad única al sistema jurídico mexicano para la salvaguarda efectiva de los derechos humanos de los pueblos indígenas, a partir de la utilización de los principios que se pueden identificar en los diferentes tratados internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia internacional y en el derecho comparado. Este ejercicio se llevará a cabo privilegiando el estudio de sentencias que hayan dado una solución a una controversia donde estuvieran en juego derechos indígenas⁵ y con vistas a establecer una serie de principios o reglas comunes.⁶ En esta sede, se buscará articular una taxonomía resultante de la consideración de principios jurídicos indígenas emanados del derecho estatal e internacional de los derechos humanos, reglas jurídicas que han dimanado de variadas jurisdicciones nacionales, así como de otros documentos que

³ La proclamación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el 13 de septiembre de 2007, marca un hito en la mundialización de los derechos de los pueblos indígenas.

⁴ Así, se lee en el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, "Los pueblos indígenas tienen los derechos colectivos que son indispensables para el pleno goce de los derechos humanos individuales de sus miembros"; en el mismo orden, señalan los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano a dicho Proyecto de 1998: "El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales solo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva", citado por *Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214, p. 2.

⁵ La utilización de la comparación jurídica a partir de sentencias judiciales en el ámbito latinoamericano es una práctica que ha comenzado a cobrar importancia en los últimos años. Véase por ejemplo, Rolla, Giancarlo, "La tutela directa de los derechos fundamentales por los tribunales constitucionales en América Latina", en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales constitucionales y democracia), UNAM-IMDPC-Marcial Pons, México 2008, pp. 545-568; en la misma obra puede consultarse el texto de Pegoraro, Lucio, "La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: Un análisis comparado", pp. 385-436.

⁶ Sobre la importancia de la articulación de un derecho común a la luz de la comparación jurídica, véase, Delmas-Marty, Mireille, "Le phénomène de l'harmonisation: L'expérience contemporaine", en *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, Société de Législation Comparée, France 2003, pp. 39-54.

han logrado especificar el perfil del derecho indígena.⁷ En suma, se presentará una serie de principios hermenéuticos que den luz a las disposiciones programáticas en materia indígena que delinea el texto constitucional mexicano, y sobre todo, después de la reforma constitucional indígena de 2001.

Precisamente, en esta sede resulta indispensable subrayar la trascendencia de los estudios comparativos en el discernimiento de los derechos de los pueblos indígenas,⁸ ya que la importancia de la veta comparativista es indispensable al momento de considerar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El estudio jurisprudencial y la referencia a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas colocan en el fulcro de la discusión a la función hermenéutica del derecho comparado, sobre todo en el espectro latinoamericano. Por otra parte, la comprensión de los problemas jurídicos que surgen en virtud de los pueblos indígenas no pueden más que considerarse desde diferentes realidades nacionales. Asimismo, el derecho comparado resulta una buena veta de análisis frente a los fallos planteados por el poder judicial mexicano y evidencia brechas de reflexión y nuevas posibles respuestas en la solución de controversias dimanadas de la cuestión indígena. En una palabra. El seguimiento del derecho indígena en el ámbito comparativo posibilita la creación de un derecho comparado⁹ latinoamericano y establece los ejes para la defensa auténtica de los derechos de los pueblos indígenas.

El análisis de los derechos indígenas a la luz de diversas sentencias tanto de México como del derecho comparado implica considerar el fenómeno indígena desde un horizonte rico en matices. Vayamos por partes. 1994 es un año decisivo en la historia de México y sobre todo, en la geografía de la ciencia jurídica mexicana. Por una parte, la entrada en vigor del

⁷ Por ejemplo, la utilización de los informes técnicos denominados *Amicus Curiae* han sido de gran ayuda para el discernimiento de los derechos indígenas en el orbe latinoamericano. Esto es importante, porque "el Amicus es una herramienta interesante para aportar a favor de la democratización y la transparencia del debate judicial, en ciertos casos que excedan el mero interés de las partes, o supuestos que puedan resultar paradigmáticos por la proyección social y pública de la decisión por adoptar. (...) De igual manera, los Amicus contribuyen al mejoramiento de la actividad jurisdiccional en asuntos complejos o de interés social al poner en escena argumentos públicamente ponderados y puede proporcionar a los magistrados, actualizadas pautas atinentes a la interpretación y la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos (TIDH), por parte de los diferentes órganos del sistema interamericano de derechos humanos, instrumentos de jerarquía constitucional que hoy no pueden ser ignorados", Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSION, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza de los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010-370), p. 5.

⁸ Resulta interesante descubrir la rica jurisprudencia internacional y la considerable doctrina a partir de la aplicación y exégesis del Convenio 169 de la OIT o de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, o bien, la creación de la figura del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas a principios del nuevo milenio.

⁹ Una de las funciones del derecho comparado es la búsqueda de una *lingua commune*. Cfr. Legrand, Pierre (Coord.), *Comparer les droits, résolution*, PUF, París 2009, especialmente el texto de Marie-Laure Mathieu-Izorche, *Approches épistémologiques de la comparaison des droits*, pp. 123-146.

Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la imbricación de la cultura jurídica mexicana, de tradición de derecho escrito, y el sistema jurídico de *common law*;¹⁰ por otro lado, el surgimiento del movimiento social encabezado por el EZLN (Ejército Zapatista de Liberación Nacional) galvanizó la discusión sobre los derechos indígenas, que cristalizó en la reforma constitucional de 2001. En dicha reforma se establecieron disposiciones programáticas que establecían derechos a los pueblos indígenas. Gradualmente las diferentes entidades federativas fueron estableciendo un derecho legislativo que establecía los principios de la Constitución Federal.

Veamos la importante galvanización que han tenido los derechos indígenas en México en los últimos tiempos. Desde la última década de los años noventa del siglo pasado, el derecho en México comenzó a cambiar su óptica de análisis y de comprensión. Una infinidad de factores explican dicha situación. Por ejemplo, la comunicación de ciertas características del derecho anglosajón, como el reposicionamiento de la figura del juez y el papel determinante del poder judicial en el sistema democrático, aunado a la visibilización de los derechos indígenas en el marco constitucional, constituyó un buen punto de partida para entender la dimensión jurídica del fenómeno indígena. Aunado a lo anterior, es posible advertir que el derecho mexicano singularizó los principios de la modernidad jurídica. En este sentido, el ordenamiento jurídico mexicano omiso en principio a la regulación de los derechos indígenas, constituyó un sistema jurídico pleno de contradicciones, ya que bajo el auspicio del principio de igualdad, pretendió enfrentar cualquier causa, atribuyendo al ordenamiento legal, la falta de regulación normativa.

Siguiendo este análisis, las posibles facetas de reflexión señaladas son convergentes en un aspecto. No es posible brindar justicia social, disminución de la pobreza de las comunidades indígenas si no existen las herramientas jurídicas para galvanizar la defensa de los derechos en todos los órdenes. O como señalara el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas en 2004:

La justicia debe entenderse no sólo como la aplicación efectiva de la ley y el funcionamiento de un buen sistema judicial, sino también como un proceso en el que las personas que se encuentran permanentemente en situación de acusada desventaja pueden encontrar la forma de superar los distintos tipos de desventajas por medios legítimos y socialmente aceptables a largo plazo.¹¹

¹⁰ Sobre este particular véase nuestro texto, Cruz Martínez, Mario, "El Tratado de Libre Comercio de América del Norte: ¿El civil law en revisión?", en *Jurídica (Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana)*, Número 39, México 2009, pp. 93-124.

¹¹ ONU. "Las cuestiones indígenas", Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, (E/CN.4/2004/80), 26 de enero de 2004, p. 7.

En otras palabras, es evidente la importancia que tiene el auténtico ejercicio de los derechos en el ámbito de los pueblos indígenas para lograr la existencia de un sistema equitativo en las sociedades indígenas. No tan solo los movimientos sociales, o las acciones de los gobiernos harán eficaces los derechos, sin la participación de los sistemas judiciales. Los aplicadores del derecho, pues, serán actores determinantes en la configuración de un nuevo sistema jurídico que pretenda hacer efectivas las disposiciones programáticas de los textos constitucionales y las acciones de las entidades gubernamentales.

A pesar de que la regulación jurídica indígena fue prácticamente omisa en México, hasta finales del siglo XX, los pueblos indígenas articularon un poderoso caudal de reclamos básicos a través de diversos movimientos sociales y de la decidida participación de diferentes ciencias sociales, como la antropología o la etnología. Se encuentra en este punto un aspecto que debe traerse a la discusión. La falta de asertividad de la ciencia jurídica en el discurso de los pueblos indígenas y la escuálida jurisprudencia ha sido sustituida por un debate jurídico pleno de referencias culturales pero en muchos casos sin ningún asidero técnico-jurídico.¹² Por ello, es evidente, que el camino de la reivindicación de los pueblos indígenas ha sido difícil y lleno de contradicciones. El discurso público lleno de alusiones a lo indígena y ciego a cualquier diversidad que afecte o cuestione la aplicación de los principios básicos del liberalismo jurídico. En otras palabras. El fenómeno jurídico indígena ha sido una muestra clara del cabalgar de los grupos sociales ansiosos de evidenciar las incongruencias de la acción pública.

En esta perspectiva, se puede resaltar que la ciencia jurídica y la búsqueda de necesidades y expectativas sociales han resultado aspectos llenos de matices y de cuestiones críticas, que han sido un reclamo de los movimientos sociales y que han enarbolado con decisión los pueblos indígenas mexicanos. ¿Cómo es posible conciliar orden y la cascada proteica de las necesidades de los pueblos indígenas? Todos los cuestionamientos han sido analizados por diversas disciplinas sociales. En esta tesitura, las comunidades indígenas resultan un excelente modelo para entender las cuitas de la ciencia jurídica en dos ámbitos perfectamente acotados. El derecho como una encarnación de lo público y el derecho como un conjunto normativo que pretende recrear las libertades ciudadanas y más aún, con el objetivo de potenciar la cultura, y los universos morales. Dicho con otras palabras, se advierte que la visión que comprende al fenómeno jurídico como paradigma lleno de oropeles formales y requisitos legislativos, ha transitado a un horizonte donde el derecho se presenta como universo de la imaginación política de los ciudadanos y como un buen número de posibilidades de actuación ciudadana. Justamente, las declaraciones de derechos humanos demostraron la

¹² Para ahondar sobre esta cuestión, véase nuestro trabajo, Cruz Martínez, Mario, "¿Es necesaria la desculturización de los derechos indígenas?", *Jurídica. Anuario del departamento de derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 38, 2008, pp. 29-75.

existencia de un dilema en el ámbito indígena. Su perfección geométrica en el plano ideal, y la difícil aplicación en la espinosa y cruda realidad. Por ello, resultaba quimérico crear paradigmas jurídicos, leyes, códigos que pretendieran colmar un continente amorfo y lleno de veleidades que resultaban en la hibridización de las culturas indígenas y su interacción con otros modelos culturales. Un auténtico mito de Sísifo en el plano jurídico-formal: la norma jurídica siempre intentando avanzar con el desarrollo de las comunidades políticas y cayendo siempre en el terreno de la *desuetudo*. Por otra parte, en algunos casos se han cuestionado los derechos indígenas por su eventual colisión con derechos individuales. Un debate resulta claro. Cuando dos derechos humanos se hallan enfrentados, quién asumiría la responsabilidad de decidir sobre la jerarquía de uno o de otro. Es aquí donde emerge la participación de los poderes judiciales en el ámbito de la ponderación jurídica. Sin embargo, más adelante se abundará sobre este importante tópico.¹³

Por otra parte, la regulación jurídica en el ámbito de lo indígena demostró su carácter parcial; el derecho entendido como sinónimo de la voluntad popular, y su concomitante cristalización legal, demostró su inferioridad frente a la exuberante realidad social y sobre todo, la incapacidad de los aplicadores y tribunales de dar una solución a los problemas que surgen en la realidad. En otras palabras, tradicionalmente, el sistema jurídico no ha logrado ser concebido bajo su órbita de emancipación. El perfil de las comunidades políticas no tan solo es delineado por la regulación y reconocimiento de sus derechos sino fundamentalmente, la efectiva posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer sus derechos.

En este punto, resulta necesario añadir al discurso una reflexión sobre la jurisprudencia en el ámbito indígena. Víctor Hugo Cárdenas, Presidente del Comité Directivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe en los años noventas, señala una anécdota importante:¹⁴ en 1995, varios dirigentes indígenas pisaban por vez primera las

¹³ Desde esta perspectiva de análisis, resulta interesante la frase de un ministro de la Corte Mexicana: "Es fácil advertir en sus 136 artículos (de la constitución mexicana) tres propósitos fundamentales previstos por el Constituyente Originario y dinamizados por el Constituyente Permanente, o Poder Reformador: 1.- Garantías individuales que tienden a salvaguardar y hacer efectivos los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad mexicana; 2.- Protecciones especiales a favor de los indígenas, los campesinos y los obreros, con el fin de corregir desviaciones socioculturales, políticas y económicas que han propiciado su marginación y, con ello, han dificultado seriamente que puedan gozar de la forma de vida que suponen los derechos que la Constitución reconoce a todos; 3.- principios y reglas de la organización y funcionamiento del gobierno a fin de que sea eficaz y eficiente para lograr cotidiana y dinámicamente que se consigan a plenitud los objetivos señalados en las líneas anteriores", Voto Particular que formula el ministro Mariano Azuela Güitrón en contra de la resolución mayoritaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las controversias constitucionales 48/2001 y 82/2001 promovidas por los ayuntamientos de Santiago Amoltepec y San Pedro Quiatón Tlacolula, del Estado de Oaxaca, respectivamente, p. 13. Disponibles en <<http://www.scjn.gob.mx/CentroBusqueda/results.aspx?k=controversias%20constitucional%2048/2001%20y%2082/2001>> (26 de junio de 2013).

¹⁴ *Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 65.

instalaciones de la Corte Suprema de Justicia y, según el autor, se evidenciaba una paradoja: desde cuándo la administración justicia ha estado vinculada de manera cercana y efectiva con el mundo indígena. En realidad la historia resulta interesante por su valor simbólico y la pléyade de cuestionamientos que surgen. ¿Dentro de la ciencia jurídica es posible hablar de un paradigma multicultural? ¿El ordenamiento jurídico mexicano debe reconocer la diferencia étnica y sacrificar, en ciertos casos, el principio de homogeneidad surgido o recreado por el principio de igualdad? ¿Los pueblos indígenas han tenido la posibilidad real de ejercer sus derechos colectivos? ¿Las diferentes entidades del Estado y los aplicadores del derecho han propiciado la búsqueda efectiva de criterios de justicia en el ámbito del derecho indígena? ¿El sistema jurídico mexicano cuenta con las herramientas necesarias para la aplicación del derecho en la órbita indígena? ¿Es posible referirse al concepto de autonomía y autodeterminación en el universo indígena? ¿Cómo se articularía y cuáles serían los alcances de la autonomía y autodeterminación en el sistema jurídico mexicano? Los cuestionamientos son tan amplios como complejos. Pero, en los últimos años, después de que una buena parte de países de América Latina realizaron en sus diseños constitucionales el reconocimiento de paradigmas constitucionales multiculturales, surgen otro tipo de desafíos para los diversos sistemas jurídicos. ¿Cómo hacer efectivos los principios ordenadores del derecho consuetudinario indígena y permitir la homologación en el ámbito jurisdiccional? En otras palabras, como conciliar los diferentes modelos normativos del derecho indígena y lograr su justiciabilidad en la administración de justicia del Estado nacional. La tarea no es fácil y sobre todo, no puede delegarse la obligación al legislador nacional para resolver las cuitas que sobresalen por esta cuestión, porque como se señalara, el acceso a la justicia "constituye el más fundamental de los derechos".¹⁵ De lo contrario, se puede caer en un dudoso círculo vicioso sin salida.

Un problema resulta evidente en esta sede; la falta de reconocimiento de la cuestión indígena por parte de las diferentes legislaciones, pero más aún, el desconocimiento de los principios jurídicos que animan el paradigma indígena. En este sentido, resulta contundente la afirmación de Rodolfo Stavenhagen: "la violación sistemática de los derechos humanos y colectivos de los indígenas se debía, en buena medida, al desconocimiento de su derecho consuetudinario y de las normas y costumbres que regulan su vida social".¹⁶

Las páginas que a continuación se esbozarán, pretenden ir más allá del debate sobre el conocimiento del derecho consuetudinario o modelo social indígena; esta actividad podría ser

¹⁵ Frase de Mauro Cappelletti citada en Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, p. 1.

¹⁶ Citado en Chenaut, Victoria, y Sierra, Teresa, "La antropología jurídica en México: temas y perspectivas de investigación", en *Pueblo indígenas ante el derecho*, CIESAS, México 1995, p. 13.

abordada en otra reflexión con pretensiones más teóricas y auxiliándose de otras disciplinas. Lo que se destacará en este ensayo, es la integración de un modelo de análisis jurídico, a través de la enunciación de principios o reglas jurídicas surgidas en la interpretación judicial mexicana o de algunos fallos judiciales por jurisdicciones internacionales o de otros ordenamientos nacionales. Obviamente, este estudio plantea un análisis que deberá ser continuado en otra sede, pero que busca marcar una impronta. Identificar dentro de la actividad judicial los principios que se han construido por los tribunales. Lo anterior tiene una teleología bien definida, constituir un modelo de orientación en la impartición de justicia y sobre todo, comenzar a construir una gramática auténticamente jurídica sobre los diferentes principios o reglas que surgen con motivo de la aplicación de normas jurídicas en el ámbito indígena. Dicho trabajo resulta necesario porque tradicionalmente la doctrina mexicana al analizar los meandros del sistema jurídico indígena ha privilegiado la exégesis de textos constitucionales y se ha enfocado a identificar los principios existentes en el propio derecho constitucional;¹⁷ o bien, en otra tesitura, algunos establecen la necesidad de que los propios ciudadanos sean garantes del cumplimiento de las normas tanto nacionales como internacionales;¹⁸ esta veta de reflexión es también un aspecto que no consideraremos en esta investigación. Más allá de lo anterior, entre otras posibles de análisis del derecho indígena, se puede hacer una caracterización o más bien, se puede hacer el esfuerzo por sistematizar los frutos de los diferentes tribunales y de las diversas jurisdicciones, tanto locales como de otras tradiciones. Esto porque desde diversos fallos judiciales se ha establecido la necesidad de menuzar los diversos derechos indígenas en el ámbito de las legislaturas estatales. Lo anterior es un buen punto de partida para señalar que casi siempre se ha pretendido dejar toda la obligación al legislador para hacer más específicos y concretos los derechos de los pueblos indígenas.¹⁹

¹⁷ Véase, por ejemplo, *El reconocimiento legal y vigencia de los sistemas normativos indígenas en México*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, México 2008. También puede leerse, Gregor Barié, Cletus, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina. Un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano, México 2000, 594 p., donde se hace un análisis donde se estudian aproximadamente 21 legislaciones de América Latina.

¹⁸ Señala Stavenhagen, que en materia de derechos indígenas, "si bien son los gobiernos quienes firman los tratados internacionales, es la sociedad civil quien debe estar pendiente de ver cómo el gobierno cumple sus obligaciones", Stavenhagen, Rodolfo, "Derechos humanos y libertades fundamentales de los Indígenas", en *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México 2006, p. 25.

¹⁹ "Constituye por tanto, labor de las entidades federativas y, concretamente, de sus Poderes Legislativos, establecer el marco legal de este reconocimiento, los requerimientos que deberán satisfacerse para poder ser considerados pueblos, comunidades y sujetos indígenas en lo individual, con las consecuencias que este reconocimiento implica en la aplicación de las disposiciones constitucionales y legislativas. Concretamente, se establece la obligación para los Estados, tratándose de comunidades indígenas, de dictar las normas para su reconocimiento como entidades de interés público", Amparo en revisión 123/2002. Sentencia definitiva de 4 de octubre de 2002, México, p.1644. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=IND%C3%8DGENA%20%20&Consecutivo=0&Anio=2002&TipoAsunto=2&Perteneencia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0>> (26 de junio de 2013).

Nuestro ensayo focalizará pues, de manera general, el ámbito judicial y su tratamiento de los derechos indígenas; más aún, se buscará destacar como algunas sentencias judiciales que han sido emitidas por conflictos donde han estado involucrados pueblos indígenas, han logrado establecer ciertos lineamientos en la comprensión de las disposiciones programáticas del texto constitucional mexicano. A partir de ahí, se buscará señalar los principios jurídicos que serán necesarios en la articulación de una auténtica teoría jurídica indígena.

En este sentido, resulta necesario concebir el derecho indígena, no tan solo desde la perspectiva legislativa sino desde la óptica judicial. Como señalara un autor, "hay constituciones que expresamente se fundan en derechos. Jueces hay que eficientemente los aseguran. Una y otra cosa no siempre se dan juntas".²⁰ Es necesario menuzar fallos de cortes judiciales para poder vertebrar una tipología de principios que resulten útiles para los diferentes aplicadores del derecho, y demás sectores interesados en la aplicación de la justicia indígena. Si se atisba en el derecho comparado, se puede identificar un buen número de iniciativas que han buscado posicionar la labor de los tribunales y su incidencia en la construcción de mecanismos necesarios para la consolidación de los sistemas democráticos. En este orden de ideas, es claro cómo el derecho ha logrado ser un adecuado vehículo para la canalización de demandas ciudadanas. Detrás de la vieja discusión si los cambios sociales empujaban los cambios jurídicos, se ha advertido en la cuestión indígena, que los cambios sociales requieren del acompañamiento jurídico. Harold Berman planteó una interesante tesis en su célebre texto *Law and revolution*: Si una revolución no trasciende el ámbito del cambio social violento, por la búsqueda de un nuevo ordenamiento jurídico, la revolución se metamorfosea en una mera asonada o revuelta más. Esto es, el derecho es necesario para la constitución de nuevos horizontes normativos que recrean un espacio democrático de participación ciudadana. Los diferentes movimientos indígenas en México ha logrado articular un poderoso discurso social en donde el derecho tiene un lugar preeminente.²¹

De tal suerte, se puede advertir que en los últimos años, la dimensión del fenómeno indígena en México se ha transformado, pasando de una realidad social y discurso político para convertirse en el punto de partida de una profunda discusión en la ciencia jurídica. La reforma del 14 de agosto de 2001 estableció los ejes esenciales del sistema jurídico indígena.

²⁰ Clavero, Bartolomé, *Los derechos y los jueces*, Cuadernos Cívitas, Madrid 1988, p. 15.

²¹ Véase mi texto, Cruz Martínez, Mario, "La otra revolución: El neozapatismo y sus implicaciones jurídicas", en *Derecho y revolución*, (En prensa), y Ansolabehere, Karina, *Diversidad retórica: Suprema Corte de Justicia y Diversidad Cultural (Borrador)*: "Es notorio que desde mediados de la década del 90, cuando toma luz pública el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), se produce una paradoja, quienes toman las armas para hacer visible la situación de marginación de los pueblos indios de México, y las diferentes expresiones de las organizaciones indígenas eligen la vía del derecho como una de las principales para dar curso a sus reivindicaciones históricas", p. 1.

Si bien, la reforma no resultó convincente en muchos aspectos, al menos se estableció un marco legal para la existencia de los derechos indígenas en México y de esta manera se "visibilizaron" los derechos indígenas. La ausencia de la nominación de los derechos indígenas en el sistema mexicano era un gran déficit del modelo constitucional mexicano. Paradójicamente, la discusión política y social del indigenismo en México ha sido tan amplia como heterogénea y con una larga historia en el siglo XX. Si se revisa la amplia bibliografía de los movimientos indígenas se advertirá, que con raras excepciones, la argumentación jurídica, hecha por juristas, ha estado ausente en la articulación de propuestas. Este panorama ha sido modificado con el posicionamiento de la temática de los derechos humanos y ha creado una notable discusión y ha conformado, incluso, una ideología sobre los conflictos y los derechos de las comunidades indígenas. En efecto, la relación estrecha entre pobreza y retraso económico de la mayoría de los pueblos indígenas en México ha sido determinante para crear una teoría crítica sobre los paradigmas políticos y jurídicos del México del XXI. Se puede señalar que tácitamente se ha aceptado la discriminación de los pueblos indígenas.²² De esta forma, en los últimos años se ha logrado consolidar un buen corpus teórico sobre los sistemas jurídicos indígenas, que han permitido abrir, importantes brechas de reflexión científica y sobre todo, posicionar la cuestión indígena en el ámbito de los derechos humanos. Sin embargo, una interrogante surge en el ámbito del estado constitucional mexicano con motivo de los derechos indígenas: cómo articular el derecho indígena en el derecho nacional. Las posibles respuestas van desde lo político hasta lo social;²³ sin embargo, escasamente se ha argumentado la importancia que tendría lograr la validez del derecho indígena desde la actividad de los tribunales.

Además, vale la pena recordar, que los últimos años han sido pródigos en la discusión jurídica sobre los pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos desde un ámbito bien definido. Vemos con cuidado. No obstante, aunque los diversos análisis han ampliado el espectro de los derechos indígenas y se han identificado diversos enfoques interdisciplinarios, la doctrina ha privilegiado la investigación teórica y ha concentrado sus esfuerzos en establecer los

²² "El órgano reformador de la Constitución, como encargado de adaptarla a la realidad social, estableció ahora diversos derechos en materia indígena al encontrarse estos sectores de la población en situaciones de rezago y desigualdad frente al resto de la población que conforma la nación mexicana", Amparo en revisión 123/2002... *supra* nota 20, pp. 455 y ss.

²³ Por ejemplo, el jurista Jorge Alberto González Galván sugiere como propuestas para la inclusión de lo indígena en el ámbito del Estado nacional: "Se tendría que ir incorporando personal a las instancias ejecutivas, legislativas y judiciales del Estado, con conocimientos de las lenguas y culturas de los pueblos indígenas. Parte de este proceso podría considerar la posibilidad de convocar a nuevos congresos constituyentes para darnos Constituciones (federal y locales) con representantes de los pueblos indígenas, que respondan a la demanda de respeto a las diferencias culturales para que las relaciones sociales sean igualitarias, y respondan a la demanda de solidaridad social para que las condiciones de vida de la mayor parte de la población de este país sean dignas", González Galván, Jorge Alberto, "Validez del derecho indígena en el derecho nacional", en *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, Carbonell Miguel y Portilla Karla (coord.), México IJ-UNAM, 2002, pp. 48-49.

diferentes elementos del derecho indígena. Justamente, en las siguientes páginas se construirá una reflexión sobre el derecho indígena considerando algunas sentencias emitidas por el poder judicial. Dicho ejercicio entraña una actividad necesaria y escasa en nuestro sistema jurídico: a saber, un estudio jurídico que haga las veces de una serie de principios que puedan orientar al académico, al aplicador del derecho, en definitiva al jurista que busque encontrar una solución a los dilemas y problemas que plantea el ejercicio de los derechos humanos de las comunidades indígenas. Varios son los motivos, de diverso calibre, que animan esta investigación y cómo se verá las razones son tan amplias, que deben menuzarse. La falta de referencias jurídicas en el sistema jurídico mexicano sobre el derecho indígena, a partir de la práctica de los tribunales, y más aún, el desarrollo escaso de la sistematización de dichos fallos ha provocado una cuestión muy evidente. La discusión jurídica ha sido notoriamente polarizada por los actores políticos. Es decir, el argumento jurídico ha sido relegado por el razonamiento social o político. Por ello, se debe privilegiar el derecho comparado, especialmente, aquellos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante "Corte IDH" o "la Corte") y otros, porque es posible construir una teoría jurídica indígena a partir de los reclamos concretos que han planteado los pueblos indígenas ante los diversos tribunales en diferentes países de América Latina. Además, una de las razones que sobresalen para estudiar tribunales que Aplican Derecho internacional o derecho común, es la protección que hacen esas jurisdicciones a los derechos colectivos²⁴ y además porque algunos de ellos, "perfilan una dimensión transnacional de la jurisdicción constitucional".²⁵ Asimismo, en la arena internacional se ha intentado dialogar los derechos individuales y los derechos colectivos de las comunidades indígenas, sobre todo, en lo concerniente en el ámbito de los derechos humanos.²⁶ Finalmente, un aspecto que resalta el análisis de los derechos indígenas es la falta, en un inicio, por parte de los Estados nacionales de reconocer su naturaleza. Incluso, paradójicamente, en el derecho internacional es posible advertir la necesidad de las comunidades indígenas de buscar el reconocimiento, pero sobre todo, el auténtico ejercicio de sus derechos. Paradoja clara, porque la expresión derecho internacional²⁷ resultaría contradictoria; "derecho" se

²⁴ Véanse los Comentarios del Comité Jurídico Interamericano al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: "El derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos protege, con pocas excepciones, derechos individuales, si bien se reconoce que, en ciertos casos el ejercicio de derechos individuales sólo puede ejercerse efectivamente de manera colectiva". Citado por el Juez Diego Vio Grossi, *Voto concurrente del Juez Eduardo Vio Grossi*. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, supra nota 5, p. 2.

²⁵ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, "México y el sistema interamericano de protección", en *Derecho Internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, IJ-UNAM, México 2002, p. 619.

²⁶ Cfr. Art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, de 2007: "Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos".

²⁷ En los últimos años se han escrito una buena cantidad de textos que buscan contextualizar a los pueblos indígenas en el ámbito del derecho internacional. Véase por ejemplo, Anaya, Jame, *Los pueblos indígenas en el derecho*

referiría a una órbita soberana del Estado e "internacional" se establece a partir de la pluralidad de sistemas jurídicos y las diferentes inte-relaciones de éstos. Se requiere señalar que el fenómeno indígena se vincula a derechos de pueblos originarios, es decir, a realidades culturales y sociales que tiene una dinámica propia y que en ciertos casos se alejan de la realidad que establece el Estado-nacional. Las razones de esto escapa a esta investigación, sin embargo, en el ámbito jurídico tiene grandes consecuencias.

Otro elemento que es posible añadir a las características de este ensayo es el referido a la originalidad del sistema jurídico latinoamericano. Esto es, considerando ciertos fallos de Tribunales Latinoamericanos es posible establecer un nuevo derecho común de los pueblos indígenas de América Latina. Es claro destacar, que se buscará caracterizar una tipología de principios jurídicos que establezcan insumos que permitan a los juristas resolver los conflictos jurídicos.²⁸ Es pues, que el *leit motiv* que anima este ensayo es notablemente conceptual, pero buscando en la praxis de los tribunales. Debe recordarse, que este estudio es general y seguramente deberá ser continuado y profundizado.

II. Los derechos indígenas en México y el nuevo derecho común latinoamericano

Resulta necesario analizar la necesidad del sistema jurídico mexicano de "internacionalizar" los derechos nacionales de los pueblos indígenas de México. Esto debido a diversas circunstancias. Aunado a la utilización del derecho comparado se plantea un escenario de reivindicaciones indígenas en el sistema internacional, o como se ha señalado, la globalización de reclamos sociales. Los derechos indígenas han demostrado en los últimos años su vocación universal, desplazando su órbita nacional para inscribirse en el ámbito de la denominada globalización jurídica. Dicho de otra manera, el fenómeno indígena ha adquirido notoriedad por su cariz político social para constituirse uno de los principales temas de la agenda democrática de América Latina. En esta línea de reflexión resulta necesario destacar la importancia de la actividad judicial en materia de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas.

internacional, Editorial Trotta, Madrid 2005; Castrillón Orrego, Juan Diego, *Globalización y derechos indígenas: el caso de Colombia*, UNAM, México 2006.

²⁸ En esta investigación no se analizará el tema de la actividad del Estado para establecer elementos que efectivamente logren elevar los índices sociales y económicos de los pueblos indígenas. Todo esto estaría más bien en la órbita de políticas públicas. Como se ha afirmado, "las políticas públicas de derecho judicial en relación con los pueblos indígenas se refieren, por una parte, al reconocimiento de su derecho a ejercer su derecho, es decir, sus sistemas normativos y su jurisdicción, y, por la otra, a la obligación del Estado a garantizar su derecho a acceder a la justicia estatal", González Galván, Jorge Alberto, "El convenio 169 de la OIT y la reforma constitucional indígena en México", en *Los derechos humanos y la globalización. Fascículo 4. Derechos humanos. Del multiculturalismo a la interculturalidad*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México 2008, p. 29.

Diversos países han logrado transitar de modelos homogéneos a diseños institucionales complejos o plurales y es justo, que el papel de los poderes judiciales ha sido determinante.

Sin embargo, surge una cuestión. Uno de los grandes retos de la ciencia jurídica ha sido identificar los linderos entre lo político, lo social y lo cultural. En efecto, el derecho al dar soluciones técnicas necesita del planteamiento multidisciplinario para tener una concepción holística del problema social. En este sentido, es claro que una de las bondades de los grandes debates de la ciencia jurídica contemporánea es la de establecer la necesidad de concebir el fenómeno de lo jurídico desde los diferentes meandros que alimentan la complejidad de las comunidades políticas. En lo relativo a los derechos indígenas, el gran debate ha sido lograr plantear los diferentes conceptos culturales y sociales indígenas de acuerdo a la gramática jurídica. Esta tarea ha sido uno de los principales obstáculos, lograr homologar adecuadamente nociones como autonomía, autogobierno, usos y costumbres desde los diversos conceptos jurídicos que integran el entramado jurídico. Esto se presenta como un elemento indispensable de la discusión, porque solo a través de un adecuado abecedario jurídico de los pueblos indígenas se logrará un acceso efectivo a la salvaguarda y protección de los derechos del mundo indígena. Dicho con otras palabras, existen disciplinas, como la antropología y sociología por ejemplo, que han ayudado a explicar los meandros de la cuestión indígena,²⁹ pero ha faltado una adecuada taxonomía jurídica para entender los conceptos jurídicos a la luz de otras disciplinas.³⁰

Veamos algunas consideraciones que han impedido comprender los principios jurídicos subyacentes de la realidad indígena. Justamente uno de las interrogantes que han desvelado la ineficacia del sistema de justicia en México es la aplicación, desde el siglo XIX, del principio

²⁹ Véase por ejemplo, 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 No. 79, en el ámbito de las pruebas del Caso, los testimonios de dos especialistas antropólogos Theodore Macdonald y Rodolfo Stavenhagen, donde señala el primero la importancia del concepto de cultura indígena para entender la noción indígena del territorio: "Para hablar de los Mayagna como comunidad hay que verlo todo como un proceso. Actualmente es un grupo que tiene su propio liderazgo, tiene su propia forma de organización social y se reconoce a sí misma como una comunidad indígena", p. 23. Stavenhagen afirma: "Los pueblos indígenas se definen como aquellos grupos sociales y humanos, identificados en términos culturales y que mantienen una continuidad histórica con sus antepasados, desde la época anterior a la llegada a este continente de los primeros europeos. Esta continuidad histórica se advierte en las formas de organización, en la cultura propia, en la autoidentificación que estos pueblos hacen de sí mismos y en el manejo de un idioma cuyos orígenes son prehispánicos", p. 25.

³⁰ Como señalara de manera contundente Héctor Díaz Polanco: "Hay mucha ignorancia de lo que pasa en las comunidades indígenas en relación con el derecho consuetudinario, y es algo que hay que trabajar para rellenar este hueco. Pero me parece que no se debe descuidar el conocimiento de la lógica jurídica nacional, es decir, la lógica de los juristas, porque el desconocimiento imposibilita la posibilidad de articulación". Otro problema de volver demasiado antropológico el estudio de los derechos consuetudinarios indígenas, continúa Díaz Polanco, es la de referirse "a esta tradición de la antropología a convertir en objeto absoluto su objeto de trabajo, de investigación y de reflexión; es probablemente nuestra enfermedad infantil y además la miseria de la antropología. Ya descubrimos una mina, la del derecho consuetudinario, ahora la convertimos en algo absoluto, algo que tiene lógica propia", Díaz Polanco, Héctor, participación en Presentación de Libro *Entre la Ley y la costumbre*, Cuadernos del Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

de igualdad de manera indiscriminada. En el caso de las comunidades indígenas, el siglo XIX demostró la intención del sistema político y jurídico de "incluir" a los pueblos indígenas en el discurso nacional. Son pocos los análisis que se pueden obtener del derecho indígena en el siglo XIX y por ello resulta imprescindible atisbar en otras disciplinas para desvelar las características de lo indígena y de la forma en que la justicia concibió a la cuestión indígena.

Subrayamos una idea. Resulta necesaria una reflexión que busque establecer las características técnicas que presenta la aplicación de la justicia en el ámbito de la multiculturalidad. Se debe recordar que la bibliografía no ha sido pródiga en el análisis y discernimiento del derecho indígena y su aplicación; existe, sin embargo, una buena literatura sobre las características del fenómeno indígena desde la óptica de variadas disciplinas sociales, como la historia, la antropología, la sociología, la filosofía, la ciencia política, entre otras.

En este sentido, es necesario presentar un análisis que tenga como objeto establecer una serie de principios que establezcan un modelo orientador a los miembros del poder judicial mexicano, en el ámbito de la interpretación y argumentación jurídica. Esta propuesta nace del análisis sumario de las principales teorías del multiculturalismo, y sobre todo, desde el estudio de algunas sentencias que han sido casos relevantes en la ciencia jurídica mexicana y sobre todo, desde el derecho comparado, especialmente, la jurisprudencia emanada de la Corte IDH; esto debido a la actividad dinámica de la Corte en la protección de derechos humanos, pero considerando la raigambre comunitaria o colectiva de los derechos indígenas. Más aún, la Corte ha sido determinante en la constitución de un *ius commune* en el ámbito del derecho indígena ya que ha establecido principios jurídicos a partir del derecho indígena local de los diferentes países latinoamericanos considerando los derechos humanos como el núcleo de la democracia de los países latinoamericanos. Resulta pues, necesario que estos principios sean conocidos por los integrantes del Poder Judicial Mexicano, aplicadores del derecho, el foro, universidades, entre otros actores. En definitiva, se requiere la socialización de los principios que alimentan el ordenamiento jurídico indígena en la comunidad jurídica, para que la cultura jurídica en México pueda considerar sin ningún aspaviento del ejercicio irrestricto de los derechos indígenas. El ejercicio de los derechos no pasa solo por el reconocimiento legal, aplicación en sentencias, o del establecimiento de políticas públicas; también es necesario que la cuestión indígena sea un elemento de la cultura jurídica de los ciudadanos. Lo interesante de este enfoque, es que el estudio de sentencias indígenas provee un material vital para la discusión en el aula universitaria.

Por otra parte, en México el estudio del derecho desde el ámbito judicial ha sido más bien escaso, y sobre todo se ha privilegiado el estudio de la ciencia jurídica desde la teoría; lo

anterior no se afirma con el ánimo de menoscabar la importancia de la "teoría pura" sino más bien, destacar la necesidad de contar con principios sobre la interpretación concerniente a la multiculturalidad a partir del análisis jurídico de lo social concreto (sentencias) y enhebrando la teoría filosófica de la multiculturalidad. Las razones de esta decisión deben evidenciarse. Desde hace un buen tiempo se ha considerado a la práctica judicial totalmente supeditada a las reglas legislativas; este punto de vista resulta cierto. Sin embargo, existe un buen número de sentencias que han logrado establecer principios que la legislación y la teoría jurídica no habían podido desvelar.³¹

Otra cuestión que ha creado una serie de obstáculos a la adecuada impartición de justicia en el ámbito indígena, ha sido el de la histórica corrupción y la perenne desigualdad social y económica que padecen las comunidades indígenas en México. Si bien en el México decimonónico la discusión sobre la cuestión indígena fue exigua y notoriamente ausente de los grandes debates políticos y sociales, es posible encontrar algunas referencias interesantes. Una de las consideraciones más notables de la reflexión judicial fue la planteada en el siglo XIX por el jurista Ignacio Vallarta. Para este notable abogado, el principio de igualdad jurídica debía borrar cualquier diferencia entre las comunidades indígenas y los derechos individuales. Como se puede advertir, la igualdad entraña uno de los principales símbolos del constitucionalismo mexicano con el que se buscó plantear las soluciones al fenómeno indígena. En este sentido, se ha señalado que a pesar de que el sistema jurídico mexicano estableció con el principio de igualdad, una certeza técnica al momento de impartir justicia, y de esta manera se sujetó a las comunidades indígenas a la utilización del principio de individualismo jurídico, los pueblos indígenas intentaron reivindicar sus derechos a través de los instrumentos procesales existentes.

Como se había señalado con anterioridad, la escasa bibliografía sobre la defensa de los derechos de las comunidades indígenas establece la necesidad de establecer una tipología de la justicia indígena a partir de algunos fallos que el Poder Judicial Mexicano ha dado en los últimos años, para de esta manera establecer una suerte de principios orientadores en el ámbito de la impartición de justicia. A continuación se presentarán algunos de los derechos que son innatos al sistema jurídico de los pueblos indígenas en México. Se debe señalar que la siguiente es una tipología enunciativa y que se desprende de las sentencias que se han dado en México y en el derecho comparado. Si bien esto tiene la finalidad de menuzar los derechos consagrados en el texto constitucional mexicano, es atendible recordar que la

³¹ Por ejemplo, la Sentencia Yatama de 2005 dictada por la Corte Interamericana resulta una excelente orientación sobre la aplicación de los derechos políticos de las comunidades indígenas.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante "CADH" o "la Convención"), y su acompañante la Corte IDH, serán acompañadas por otros tratados internacionales de derechos humanos de los que forma parte México y la copiosa jurisprudencia del derecho comparado de Latinoamérica.

III. La gramática de los derechos indígenas en México

Inicialmente, es necesario identificar la importancia que tiene en el sistema jurídico mexicano la Convención Americana. Tanto en el ámbito de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ("CIDH" y "la Comisión") como en el de la Corte IDH, se advierte una importante labor interpretativa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. Esta tarea resulta determinante para lograr establecer principios de armonización de los derechos humanos en su carácter individual y algunos de los derechos indígenas que tienen un contenido colectivo o comunitario. Una infinidad de debates sobre la correcta aplicación de los derechos indígenas ha sido la aplicación irregular de los principios del Estado de derecho. Por ello, para la comprensión cabal de dicho proceso hermenéutico es necesario mirar el itinerario de las actividades de la Comisión y de la Corte. Como se ha estudiado,³² el sistema interamericano tiene tres momentos de análisis de la cuestión indígena latinoamericana: La primera se inscribe en la década de los años ochenta del siglo XX, donde se articula una serie de importantes debates sobre la naturaleza de los derechos fundamentales de las pueblos indígenas y que advirtieron los aspectos culturales de éstos y su articulación en el sistema interamericano. El segundo momento corresponde a la actividad de la CIDH en donde se destaca la realización de diagnósticos que buscaban la protección especial de los derechos indígenas; finalmente, la tercera ola se encuentra en el momento de los inicios del funcionamiento de la Corte IDH y en donde gradualmente, como veremos más adelante, se han ido perfilando los derechos indígenas a la luz de la CADH.³³

El análisis de las sentencias de la Corte despierta un sinfín de reflexiones jurídicas y evidencian, en el tema que nos concierne, a un buen número de perspectivas, que a veces palmarias otras implícitas, sugieren una forma diferente de entender el fenómeno de los derechos indígenas y la forma en cómo los aplicadores del derecho han entendido la construcción de

³² Véase sobre la tipología sobre el desarrollo de los derechos indígenas en el sistema interamericano y las vicisitudes de su fraseo en el sistema interamericano, Castrillón Orrego, Juan Diego, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos de los pueblos indígenas", en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, UNAM, México 2007, pp. 143-150.

³³ En este sentido se puede aseverar que "no es ilógico entonces, en los contextos ubicados, que para la Corte Interamericana los *pueblos indígenas* sean estructuras socioculturales que poseen derechos como colectivos de orden político, económico, cultural y territorial que deben ser garantizados y respetados por los Estados", *Ibidem*, p. 149.

razonamientos que evidencian el perfil del ordenamiento jurídico indígena en América Latina.

¿Cuál sería la utilidad de sentencias internacionales sobre derechos indígenas? La respuesta a este aserto resulta compleja como práctica, porque efectivamente, las sentencias comienzan a constituir constituye un buen "corpus" de derecho comparado que servirá como lineamientos o criterios de interpretación para hacer más amplia la consideración de los derechos indígenas, pero también las sentencias resultan un atractivo modelo de argumentación jurídica. El insumo que se puede obtener en la lectura de las sentencias es doble. Por una parte, uno científico, donde se construye un auténtico sistema de hermenéutica jurídica y por el otro, un criterio objetivo de interpretación en materias dadas, como el alcance del derecho consuetudinario en la órbita de los derechos indígenas a la luz de la CADH. La precisión de los modelos de argumentación es palmaria y evidencia un aspecto del sistema interamericano de derechos humanos, la búsqueda de la salvaguarda y defensa de los derechos de las comunidades indígenas. Este criterio es decisivo al momento de escribir estas líneas. La teleología de la interpretación jurídica es evidenciar las regiones que no han sido consideradas por nuestra legislación o nuestra jurisprudencia.

A continuación veremos algunos principios y derechos fundamentales sobre el derecho indígena que deben considerarse en la interpretación de los derechos indígenas de la Constitución mexicana.

IV. Igualdad jurídica y dignidad humana

Uno de los principios que han sido discutidos en la jurisprudencia en materia indígena es el de la igualdad y su aplicación en el ejercicio de los derechos colectivos indígenas.³⁴ Esto porque si bien la igualdad material se reconoce en el texto constitucional, la existencia real de principios de aseguramiento del derecho a un mínimo vital son cuestionables en el derecho indígena. La Corte Constitucional colombiana ha señalado que "si bien el derecho fundamental al mínimo vital es predicable de todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, existen determinados sectores de la población que, en razón de su mayor vulnerabilidad, son susceptibles de encontrarse, con mayor facilidad, en situaciones que comprometan la

³⁴ *Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad*, Tesis S3EL 152/2002, *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes*, p. 786. Cfr. *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, T.XXI, pp. 43-63.

efectividad de su derecho".³⁵ Por otra parte, la Corte IDH ha destacado que "el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrados en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales",³⁶ y en este sentido es "discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable".³⁷

En la impartición de justicia indígena pues, se desvelan dos aspectos de la discusión sobre la igualdad. Por una parte, se habla de una notable desigualdad en el ámbito económico, social y por el otro, se habla de que la igualdad jurídica, como principio legal, inhibe el adecuado reconocimiento de los derechos colectivos. De tal suerte, paradójicamente los pueblos indígenas han pugnado por el reconocimiento de ciertos matices en el concepto de igualdad dentro del ejercicio de sus derechos. Esto ha marcado un elemento de la discusión. Además, es notoria la falta de estudios sobre la igualdad en el ámbito indígena.³⁸

Dentro de la interpretación que ha brindado la Corte IDH podemos encontrar dos grandes grupos de sentencias que han menudado el principio de igualdad de acuerdo a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas:³⁹ a) Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay 2005; Comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay 2006; Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay 2010. En este grupo de sentencias la Corte establece las condiciones mínimas de vida digna de las comunidades indígenas y la relación de esta noción a partir del concepto de propiedad comunitaria. b) La célebre sentencia Yatama vs. Nicaragua donde se analiza los derechos políticos de los pueblos indígenas.

De los fallos precedentes se pueden individualizar diversos derechos específicos que se analizarán más adelante. Vale la pena señalar, que cada uno de esos derechos tiene una íntima relación con el principio de igualdad, y sus diferentes materializaciones según sea el derecho.

³⁵ Sentencia T-581 A/11 sobre sentencia del 16 de febrero de 2011 dictada por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, <www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-581a-11.htm> (26 de junio de 2013).

³⁶ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 184.

³⁷ *Idem.*, párr. 185.

³⁸ Clérico, Laura, "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", Estudios Constitucionales, Año 9, No. 1, 2011 p. 160, señala una tesis interesante respecto a la igualdad en el ámbito indígena: "La insuficiencia de estudios sobre igualdad en el contexto interamericano no sólo habla de una miopía que no permite ver que varios de los planteos de igualdad responden a una desigualdad como dominación o sometimiento, sino que también responde a una desigualdad que combina problemas de redistribución y reconocimiento como en el caso de los planteos de los pueblos originarios. Así, ser reconocido como un igual no sólo amplía nuestra mirada sobre los derechos, sino que devela la íntima relación entre derechos, democracia deliberativa e igualdad, entendidas todas como la lucha por la paridad participativa de los grupos desaventajados en el sistema interamericano".

³⁹ *Ibidem*, pp. 170 y ss.

V. La costumbre indígena

Uno de los principales aspectos que se deben subrayar de la peculiaridad del sistema jurídico indígena es la posibilidad que establece el texto constitucional de la "aplicación de sus propios sistemas normativos en la regulación de sus conflictos internos".⁴⁰ El debate que se ha planteado con fruición es la eventual discrepancia entre la costumbre indígena y el ordenamiento estatal; sin embargo, en muchos casos se ha pretendido imponer una discusión entre ambos terrenos, anteponiendo el aspecto de la cultura. Es decir, como si la cosmogonía cultural fuese un obstáculo para la correcta aplicación del marco legal. Por ello, se debe destacar un elemento de la discusión, la costumbre como uno de los elementos basilares del sistema jurídico en la tradición jurídica de occidente y su presencia indiscutible en el análisis de los diversos casos que su suscitan en el ámbito de los pueblos indígenas. Justo, el sistema jurídico mexicano ha sido renuente a comprender los diferentes matices que plantea la diversidad cultural en la aplicación del marco legal.⁴¹

Probablemente, y es solo una hipótesis, el ordenamiento legal fue en exceso purista e incapaz de articular un paradigma que lograra entender las diferentes manifestaciones y los diferentes ejercicios de los mismos derechos por diferentes grupos sociales. Otra idea sería la incapacidad de contar con aplicadores del derecho, lo suficientemente independientes para hacer valer principios diferenciados como en el ámbito del derecho indígena. Finalmente, en el debate de la *consuetudo* se ha pretendido considerar a la costumbre como acompañante incómoda de la ley. Como hemos estudiado, la costumbre tiene una larga presencia en el sistema jurídico del derecho continental y se ha considerado como un elemento determinante del sistema jurídico. Esto es, la costumbre como señalará Juliano, D. 1, 3, 32, la costumbre es una forma de la manifestación de la voluntad popular.⁴²

Como es posible advertir, la aplicación de la costumbre no tan solo se refiere al respeto a una identidad social sino más bien, a la posibilidad de considerar un universo cultural que complete la identidad política de las comunidades indígenas. En este sentido vale la pena señalar que a pesar de que existan en una comunidad indígena diversos códigos culturales o formas de desarrollar su identidad política y cultural, el sistema jurídico debe brindar los medios para

⁴⁰ Art. Segundo de la Constitución mexicana.

⁴¹ Sobre los derechos culturales, véase el análisis detallado de Ruiz Mollada, Juan Carlos, "Balance preliminar de jurisprudencia del TC en materia de derechos culturales", en *Ponencias de investigadores del Instituto de Defensa Legal presentadas al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica (RELAJU)*, agosto de 2010, pp. 3-33.

⁴² Véase nuestro trabajo, Cruz Martínez Enrique y Cruz Martínez, Mario, "Breve geografía de la *consuetudo*", en *Estudios en honor a Don Jorge Fernández Ruiz. Derecho Internacional y otros temas*, UNAM, México 2005, pp. 83-124.

que los diferentes grupos puedan ejercer sus derechos. Dicho de otra manera, como lo señala la propia constitución, los pueblos indígenas deben "acceder plenamente a la jurisdicción del Estado". De lo anteriormente señalado, surge uno de los aspectos que merecen señalarse en lo que concierne los derechos indígenas, es el binomio cultura y derecho. Precisamente se ha reiterado que la identidad cultural es un elemento que el Estado debe proteger.⁴³ Uno de los problemas que plantea el reconocimiento de la costumbre indígena entraña identificar una práctica social en la cosmogonía de los pueblos indígenas.⁴⁴

Sin embargo, hay ciertas áreas en las cuales pueden surgir conflictos que el aplicador del derecho debe vertebrar adecuadamente y comprender las diferencias entre los diferentes órdenes. El ámbito penal resulta particularmente atractivo para nuestro análisis por las importantes deficiencias del sistema legal para brindar efectividad al derecho de acceso a la justicia; así, en el orbe indígena se encuentran notables desigualdades que hacen patente una indiscutible desigualdad material.⁴⁵ Esto por uno de los aspectos que señala la Constitución Federal, al plantear que "los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura". Como se podrá advertir, los pueblos indígenas gozan de un acceso efectivo a la jurisdicción del Estado, y por tal motivo deberán estar capacitados de expresarse en su lengua o bien, que el Estado les asegure la posibilidad de entender la causa que ha sido entablada en su contra. Es pues, que resulta fundamental el derecho a la defensa en el marco de los derechos humanos de las comunidades indígenas. Sin embargo, el impartidor de justicia deberá asegurar los derechos humanos sin menoscabar los principios que dimanen de cierta área específica. En este sentido, los tribunales deben diferenciar adecuadamente, si los derechos que estén en juego

⁴³ En este sentido debe parafrasearse las formas cómo deben entenderse el concepto de cultura. Para tal fin, Stavenhagen considera a ésta como capital social, como actividad creativa, y en una acepción más general como un modo de vida, "como la suma total de actividades espirituales y productos de un grupo social dado que distingue al mismo de otros grupos sociales", citado por Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), con relación al proceso de amparo presentado por la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Cusco contra PROINVERSIÓN, con el objeto que suspenda la ejecución del Proyecto Majes Siguan II por amenaza a los derechos a la vida y a la salud ante el Primer Juzgado Mixto de Wanchaq (expediente No. 2010-370)

⁴⁴ Véase el caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), donde dos indígenas fueron despedidos de sus empleos por haber consumido peyote.

⁴⁵ De acuerdo a un estudio cuantitativo realizado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, "55% de los presos indígenas en el ministerio público y 24 % de presos indígenas en el juzgado, manifestaron que no se les informó que tenían derecho a contar con un defensor". Además, "el 67% de los encuestados indígenas en el ministerio público y 27% en el juzgado consideraron que no contaron con la asistencia de un defensor", *Informe del Diagnóstico sobre el Acceso a la justicia para los indígenas en México (Proyecto de implementación de las recomendaciones derivadas del Diagnóstico sobre la Situación de los Derechos Humanos en México)*, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, México 2007, p. 101.

pertenecen al derecho consuetudinario indígena o bien, son derechos de cualquier nacional, y en donde, se tendrían que aplicar los mismos derechos y pretensiones.⁴⁶

También debe entenderse, que el reconocimiento del derecho indígena estableció una serie de principios programáticos y mínimos de reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas en México, que establece la participación del legislador estatal para desarrollar los derechos indígenas en las entidades federativas;⁴⁷ sin embargo, los derechos mínimos no deben transgredir el sistema constitucional mexicano.⁴⁸

Así, la costumbre indígena deberá considerarse en los juicios donde los indígenas se hallen involucrados o en los actos que desde su estatuto sea diverso, con las particularidades que cada uno de ellos tenga frente a ciertos principios jurídicos. Sin embargo, se hará un análisis riguroso de las formalidades que se deberán cubrir para otorgar un adecuado acceso a la jurisdicción estatal.⁴⁹ Por otra parte, el tribunal respectivo deberá considerar si en el análisis la costumbre indígena va en contra de algún principio, derecho fundamental o derechos de la mujer, e incluso, si el uso indígena no constituye un ilícito.⁵⁰

Uno de los aspectos que deben analizarse es el referente a los derechos políticos en el ámbito indígena. A pesar de que una buena cantidad de pueblos indígenas lleven a cabo sus

⁴⁶ 1a. XXXVIII/2003, DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN ESTATAL. NO SE VIOLAN CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 72, 165 BIS, 171, 183, 269, FRACCIÓN IV, 285, 285 BIS, 290, 296 BIS, 314 Y 426, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVIII, agosto de 2003, p.228. Reg. IUS. 183560. Se estableció que "los impugnados artículos 293, 298 y 315 del código Penal para el Distrito Federal, al definir el tipo penal del delito de lesiones que ponen en peligro la vida, y establecer la pena de prisión que habrá de imponerse a quien cometa tal ilícito, así como sus agravantes, no trasgreden las garantías individuales en materia indígena que tutela el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos" (p. 1634).

⁴⁷ "Los Congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2 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 respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos", Amparo en revisión 123/2002...*supra* nota 23.

⁴⁸ La ampliación o especificación de derechos indígenas en las entidades federativas tendrían dos limitantes: ir en contra del marco constitucional y no ajustarse a la realidad social de la comunidad indígena, *Ibidem*, p. 446.

⁴⁹ 1a. XXXVIII/2003... *supra* nota 47 p. 228, se deberá, a guisa de ejemplo, considerar el grupo étnico al que pertenezca; la autoridad podrá allegarse de periciales que permitan conocer el conocimiento de su identidad indígena; también se requerirán peritos indígenas que pertenezcan al mismo grupo étnico; se establecerá la obligación del juzgador de proporcionar un traductor-intérprete que le haga saber sus derechos respectivos al indígena; en la declaración preparatoria se tendrá que incluir, el grupo indígena al que pertenezca el inculcado, y además, durante la instrucción, la autoridad deberá considerar la pertenencia del inculcado a un grupo indígena, y por consiguiente, las costumbres que tenga dentro de la comunidad indígena.

⁵⁰ Por ejemplo, en el caso del delito de lesiones no se puede argumentar que su realización haya sido producto de una costumbre. *Ibidem*, p. 229.

elecciones políticas por sus normas consuetudinarias, éstas no podrán ir en contra de principios establecidos por el estatuto constitucional.⁵¹

VI. Derecho de autodeterminación

Desde el inicio de los tiempos, la cuestión indígena ha sido afectada por prejuicios de segregacionismo. Precisamente la autodeterminación ha sido (mal) considerada como una amenaza a la unidad del Estado mexicano. El problema debe plantearse de otra manera desde la ciencia jurídica.⁵² Cómo establecer diferentes mecanismos de equilibrio entre los diferentes ordenamientos. Es decir, la necesidad para los diferentes aplicadores y operadores del derecho de reconocer y aplicar los principios jurídicos indígenas y no establecer un problema límite con normas del sistema constitucional.⁵³

El sistema jurídico indígena ha sido analizado desde diferentes disciplinas y se ha establecido una nutrida bibliografía sobre las teorías indigenistas y las diferentes vías para lograr aumentar su índice de desarrollo humano y social. Justo en esta perspectiva, la justiciabilidad de sus derechos resulta imprescindible para consolidar un modelo jurídico que efectivamente logre brindar las condiciones mínimas de bienestar social y de certeza jurídica. Resultaría excesivo menuzar las diferentes razones que fundamentan las críticas al modelo liberal y las diferentes vertientes de discusión que han pretendido examinar los ejes del problema. Un aspecto que se debe destacar en el análisis, es el referido a la multiplicidad de teorías filosóficas y antropológicas que han diseñado un discurso de reivindicación de los pueblos indígenas. Desde la filosofía política por ejemplo, se pretendió crear una teoría que buscara encontrar un nuevo paradigma que lograra reconocer la diferencia étnica. Dicho de otra manera, el carácter

⁵¹ Por ejemplo, no se puede privilegiar la costumbre indígena frente a la omisión del derecho al sufragio. "Si en una comunidad indígena no se permitiera votar a los ciudadanos que no residieran en la cabecera municipal, dicha restricción se traduciría en la negación o anulación de su derecho fundamental a sufragar, y ello significaría la transgresión al principio de igualdad, visto desde el punto de vista subjetivo que emana de dicha norma, el derecho a no ser discriminado injustamente", véase, Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-013/2002. Indalecio Martínez Domínguez y otros. 5 de junio de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Luis de la Peza. Secretario: Marco Antonio Zavala Arredondo, en *Revista Justicia Electoral 2003*, Tercera Época, suplemento 6, pp. 207-208, Sala Superior, Tesis S3EL 151/2002, Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2002, p. 779.

⁵² Desde una perspectiva social, "la autonomía indígena viene presentándose y fundamentándose como una modalidad del ejercicio del *derecho a la autodeterminación* de los pueblos indígenas consistente en el establecimiento de un tipo de relación entre el Estado nacional y grupos étnicos en la que se propone el reconocimiento de un nuevo orden de gobierno más allá de los existentes actualmente en México", Cerda García, Alejandro, *Imaginando zapatismo. Multiculturalidad y autonomía indígena en Chiapas desde un municipio autónomo*, UAM, México 2011. p. 26.

⁵³ "El derecho a la libre determinación y, por tanto, a la autonomía, concretamente, en los aspectos que se regulan en el Apartado A. Este derecho se entiende, desde luego, sujeto al postulado básico de la unidad e indivisibilidad nacional y a su ejercicio sujeto a marco constitucional", Amparo en revisión 123/2002...*supra* nota 23.

multicultural o la diferencia cultural es un elemento que se tiene que considerar en la discusión de los diferentes ordenamientos jurídicos.

En el ámbito del derecho a la autodeterminación indígena ha surgido una discusión célebre. Como encontrar elementos que logren establecer una nueva forma de entender la impartición de justicia que permita consolidar un paradigma que permita cristalizar la autodeterminación cultural y social; por otro lado, como encontrar ese modelo sin trastocar los principios del Estado mexicano. O de dicho de otra manera, como la forma de entender la justicia ha sufrido cambios cuantitativos y cualitativos. La Corte en el *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* señaló que "para garantizar efectivamente estos derechos (indígenas), al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural".

En este punto, es necesario hacer una reflexión sobre cómo esa interpretación es necesario enfatizar la importancia que tienen la actividad del juez. El sistema judicial que planteaba desde el *civil law* la figura del juez como una mera entidad interpretadora de la voluntad del legislador y de esta manera, el reconocimiento del poder legislativo como la entidad creadora del derecho por antonomasia ha sufrido varios cambios en los últimos años. Una buena razón es el auge de las discusiones democráticas a la luz de los procesos de judicialización de la política; en otras palabras, la forma en cómo los procesos democráticos van acompañados de reformas profundas y sostenidas en el marco legal y en el cambio del concepto del Estado de Derecho. La plenitud del principio de igualdad y su concomitante regulación bastó y sobró en innumerables casos para definir soluciones y crear límites en los cuales se podía desarrollar la actividad judicial. Precisamente, los derechos indígenas son una muestra clara de los alcances de esta realidad. Los diferentes fallos que decidieron sobre la suerte de múltiples casos atendieron a la pertinencia de satisfacer los planteamientos jurídicos desde la óptica del principio de igualdad y de ciudadanía "neutra" plasmado en las diferentes constituciones.

El trabajo de los jueces sigue los cánones de la literatura, narrativa jurídica, y en el ámbito del derecho indígena no es la excepción. Según Ronald Dworkin, explicando la figura del *law-maker* desde la tradición jurídica del *common law*, la sentencia funge como un capítulo de una novela *seriatim*, en donde las decisiones judiciales posteriores deben considerar la trama de la anterior.⁵⁴ En otras palabras, la actividad judicial debe procurar establecer principios que

⁵⁴ Para abundar sobre este tema, véase, Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Massachusetts 1986, p. 228 y siguientes. Esta idea de Dworkin es desarrollada por Ana Laura Magaloni y señala sobre el papel del tribunal constitucional un imperativo necesario: "La jurisprudencia constitucional será, precisamente, el

sigan los criterios establecidos por diferentes tribunales del sistema jurídico y de esta manera se creen zonas de certidumbre en donde existan criterios compartidos que se vuelvan elementos del propio ordenamiento jurídico. Analizando diversas tesis del poder judicial, especialmente del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, podemos identificar diferentes principios que evidencian la riqueza del fenómeno indígena y sobre todo, como los derechos político-electorales indígenas tienen una gran amplitud en el momento de su materialización. O con otras palabras. Los usos y costumbres electorales indígenas establecen una cultura política que tiene un paradigma diverso en el momento de ejercitar y plasmar los derechos políticos por parte del poder judicial.⁵⁵

Otra cuestión que es necesario subrayar en esta sede, es la relativa a la construcción de los diferentes principios o reglas dimanadas de las sentencias emitidas por los diferentes poderes judiciales. Un rasgo que ha diseñado el continente de las argumentaciones jurídicas ha sido la utilización del derecho comparado.⁵⁶ Justamente los diferentes elementos con los que puede contar el aplicador de derecho, debe ser concebido a partir de su utilidad en el momento de fallar y buscar la salvaguarda de un derecho humano. Es esta una oportunidad invaluable para el jurista, que con la aplicación de principios jurídicos logrará brindar justicia y constituir un auténtico sistema jurídico democrático.

Asimismo, un rasgo que se vincula a la autodeterminación es la referida a la asignación del nombre. Esto es, "la identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía".⁵⁷ Esta cualidad de autonomía va de la mano con la capacidad de los pueblos indígenas de gestionar sus propios medios para garantizar su derecho a "preservar y desarrollar su identidad cultural".⁵⁸

VII. Derecho a la consulta

Uno de los derechos que ha sido discutido con fruición en la cuestión indígena es el de la consulta. Como se ha destacado, la iniquidad ha sido el sino de los pueblos indígenas y es en

conjunto de sentencias que se pueden entrelazar y ordenar de tal modo que se tenga una visión global de las distintas caras o problemas que genera la eficacia del derecho en cuestión, así como del alcance de la protección constitucional en cada caso", Magaloni Kerpel, Ana Laura, ¿Por qué la Suprema Corte no ha sido un instrumento para la defensa de derechos fundamentales?, en *La ciencia del derecho procesal constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, T. II (Tribunales Constitucionales y democracia), UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, México 2008, p. 280.

⁵⁵ Cfr. La tesis S3EL 152/2002. Usos y costumbres. Las elecciones por este sistema no implican por sí mismas violación al principio de igualdad, en *Revista Justicia Electoral 2003, Tercera Época, suplemento 6, Sala Superior*.

⁵⁶ En el derecho europeo se ha constituido una fuerte doctrina que concibe al derecho comparado como un instrumento necesario en la articulación de un derecho común, surgido al amparo de la actividad judicial.

⁵⁷ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra nota 5*, párr. 164.

⁵⁸ *Idem*, párr. 51.

el despojo de sus territorios ancestrales y propiedades donde se ha podido constatar la falta de atención del Estado y la negación de un derecho fundamental.⁵⁹ Desde la jurisprudencia⁶⁰ hasta el derecho internacional de derechos humanos se advierte la importancia que tiene dicha noción en el sistema jurídico indígena para completar la órbita de derechos y su relación con su cultura y sus costumbres. El Convenio 169 de la OIT, las sentencias de la Corte IDH y la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas forman los tres pilares del derecho a la consulta de los pueblos indígenas.⁶¹ De acuerdo al Convenio 169 de la OIT, el derecho a la consulta es un derecho fundamental de los pueblos indígenas; por otra parte, el artículo 32 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas señala la obligatoriedad de los Estados de establecer consultas con los pueblos indígenas para obtener su consentimiento en proyectos que afecten su tierras o territorios (art. 32).⁶² En los últimos años dicho derecho ha estado presente en la discusión del reconocimiento del pluralismo jurídico. Además, el derecho a la consulta es un derecho síntesis en el ordenamiento constitucional, es en otras palabras, "una manifestación del derecho constitucional a la participación y a la identidad cultural".⁶³ Es así, que como ha señalado la jurisprudencia, "la libre determinación comprende el derecho de las comunidades étnicas a determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno; a darse o conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida; y de adoptar las decisiones internas que estime más adecuadas para la conservación o protección de esos fines".⁶⁴

⁵⁹ "En un informe reciente se diagnostica que 11.320.455 hectáreas son objeto de reivindicación por pueblos originarios, 680 mil integrantes de esos pueblos fueron desplazados y en varios casos de forma violenta, en donde los empresarios con interés en las tierras estarían actuando para desplazarlos con el apoyo de fuerzas de seguridad públicas y privadas, resultando varias personas heridas y hasta en algunos casos asesinadas", Clérico, Laura, "La igualdad como redistribución y como reconocimiento: Derechos de los pueblos indígenas y Corte Interamericana de Derechos Humanos", *supra* nota 39, p. 159.

⁶⁰ Véase las siguientes jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana: T-428/92; SU-037/97; T-652/98; T-634/99; SU-383/03; T-955/03; T-737/05; T-880/06; T-154/09 y T-769/09.

⁶¹ En el derecho internacional destacan tres momentos fundamentales del derecho a la consulta: "En primer lugar, hace ya más de dos décadas, la adopción del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes, el único tratado en vigor relacionado directamente con los derechos de los pueblos indígenas. En segundo término sobresalen los muy significativos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizados a partir de 2001; por primera vez un tribunal internacional, mediante una interpretación favorable a los pueblos indígenas de algunas disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, ha generado una jurisprudencia de referencia en la materia. Por último, hay que destacar la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en septiembre de 2007", Chueca Sancho, Ángel, "Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas: Hacia un mundo intercultural y sostenible", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Núm. LXI-2, Julio 2009, p. 585.

⁶² "Art. 32. 2. "Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo".

⁶³ Molleda Ruiz, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), *supra* nota 8.

⁶⁴ Corte Constitucional Colombiana Sentencia de T-693/11, 23 de septiembre de 2011, Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, p. 26.

Algunas de las reglas que deben atenderse en la consideración del derecho a la consulta son la participación activa de los pueblos indígenas en la toma de decisiones sobre cuestiones que atañen su universo cultural y social,⁶⁵ así como la obligación del Estado de proveer de una legislación efectiva y dotar al entramado administrativo para el reconocimiento y aplicación de dicho derecho.⁶⁶ Todo lo anterior se debe considerar ya que el derecho a la consulta es un derecho humano de los pueblos indígenas y el fundamento del derecho a la participación.⁶⁷ Es indiscutible que el derecho a la consulta implica uno de los derechos más necesarios de la gama de derechos del sistema indígena. Esto porque, como señala el Tribunal Constitucional Colombiano, "cuando un pueblo indígena se ve perjudicado por la expropiación de su territorio se puede vulnerar algo más que su derecho fundamental a la propiedad. Se pone en riesgo también la propia existencia del pueblo indígena y sus valores espirituales".⁶⁸

⁶⁵ En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam* se establece que "La Corte ha manifestado que al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (...) Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. (...) Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones", *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párrafos 133-137.

⁶⁶ Véase el numeral 8 del fallo de la Corte Interamericana sobre el Caso del Pueblo Saramaka: "El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se lleven a cabo, en los términos de los párrafos 129 1 140, 143, 155, 158 y 194 (d) de esta sentencia".

⁶⁷ La Sentencia T-973 de 2009 de la Corte Constitucional Colombiana señala los tres ámbitos de protección del derecho a la consulta. Primero: "en el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan (...) Un segundo ámbito de protección, también externo, tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional del Congreso (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodefinición de las reglas jurídicas, al interior de los pueblos indígenas", p. 27. Véase también, Ruiz Molleda, Juan Carlos, *Amicus Curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL) quien añade la referencia de la Sentencia del expediente No. SU-039 de 1997 que señala: "A juicio de la Corte la Participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de 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. (...) El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación", pp. 19 y 20.

⁶⁸ Continúa el Tribunal Constitucional en la Sentencia 00022-2009-PI/TC, "la obligación del Estado no debe remitirse al pago de un justiprecio, sino que debe ir más allá, hacia un beneficio compartido. No basta pues con que se les otorgue nuevas tierras de igual extensión y calidad, sino que los pueblos indígenas deben beneficiarse de la

Y no tan solo eso, sino que el derecho es necesario porque ayuda a "decidir por sí mismos los asuntos y aspiraciones propias de su comunidad, en los ámbitos material, cultural, espiritual, político y jurídico".⁶⁹

Encontramos pues, de lo anteriormente planteado, que uno de los referentes para la materialización del derecho a la consulta es la aplicación del Convenio 169 de la OIT.

VIII. Derecho a la participación política

Históricamente los pueblos indígenas han luchado por el reconocimiento de sus derechos políticos. La Constitución federal señala que los pueblos indígenas podrán "elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno" (artículo segundo, A, III).

El *Caso Yatama vs. Nicaragua* de 2005 tiene notable importancia en la identificación de principios jurídicos sobre los derechos políticos de las comunidades indígenas. Como se ha destacado, "el derecho internacional reconoce ampliamente el derecho a la participación política sin discriminación". En este sentido, se puede entender que si bien el derecho a la participación política es un derecho humano, en el ámbito de los derechos indígenas presenta ciertas particularidades. En este sentido, el artículo 23 de la CADH establece los derechos a la participación en la gestión de los asuntos públicos, para ser elegido y participar en las funciones públicas. Por ello, en el ejercicio de los derechos políticos de los indígenas "es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma activa, respetando el principio de igualdad y no discriminación".⁷⁰

IX. Derecho al territorio

Uno de los derechos que son innatos al sistema jurídico indígena es el relativo al territorio ancestral. En este orden de ideas es indudable que la noción de propiedad en el ámbito indígena adquiere un matiz especial: la propiedad comunitaria. Esto es, un espacio donde "existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la

explotación que se lleva a cabo en sus territorios originales de los que fueron separados, garantizando con ello no solo la continuidad de su existencia sino el mejoramiento de la calidad de vida. Sólo así puede comprenderse justificada la expropiación de tierras indígenas, de lo contrario, los miembros de tales pueblos podrán recurrir a las vías legales pertinentes a fin de tutelar sus derechos", citado por Ruiz Mollada, Juan Carlos, *Amicus curiae* presentado por el Instituto de Defensa Legal (IDL), *supra* nota 68, p. 56.

⁶⁹ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia T-973, 18 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente. Mauricio González Cuervo.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*, *supra* nota 37, párr. 195.

tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad".⁷¹

De lo anterior surge una cuestión determinante en la órbita indígena. El concepto clásico de propiedad vertebrado en los sistemas jurídicos, y en la Convención en el artículo 21 de la Convención Americana,⁷² resulta un concepto específico en los sistemas indígenas, donde la cultura y costumbre de cada pueblo es determinante para comprender el concepto de propiedad comunitaria.⁷³ La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido asertiva en la caracterización de la propiedad comunitaria:⁷⁴

- a. En el derecho de los pueblos indígenas, la posesión sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que establece el Estado;
- b. Dicha posesión concede a los pueblos indígenas el derecho a exigir el reconocimiento del Estado de la propiedad y su registro;
- c. El Estado tiene la obligación de señalar, delimitar y extender el título colectivo de las tierras a los integrantes de los pueblos indígenas;
- d. A pesar de que algún miembro de la comunidad indígena haya perdido la posesión de sus tierras, por causas ajenas a su voluntad, mantiene el derecho de propiedad, salvo el supuesto que un tercero de buena fe las hubiese adquirido,
- e. Los indígenas que hubiesen perdido, de manera involuntaria, la posesión de sus tierras, y si éstas se hubiesen trasladado legítimamente a terceros de buena fe, tendrán el derecho de recobrarlas o en su defecto, podrán obtener otros territorios de igual extensión y calidad.

⁷¹ Continúa la Corte Interamericana: "Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. 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", Corte IDH. *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia, *supra* nota 30, párr. 149 y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párr. 86.

⁷² Señala el primer numeral "toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes".

⁷³ "Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas" Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, *supra* nota 5, párrafo 87.

⁷⁴ *Ibidem*, párr. 109.

X. Conclusiones

El respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas forma parte de la gramática esencial de las democracias contemporáneas, y en especial del México del siglo XXI. Este binomio, Democracia y Derechos humanos, constituye dos vértices de una realidad ciudadana que se convierten en reclamo constante en la época contemporánea y que constituyen el abecedario cotidiano de las diversas ciencias sociales. La ciencia jurídica no es la excepción. La gramática de los derechos es cada vez más el lenguaje que sostiene la legitimidad y eficacia de las relaciones sociales y su relación con el poder público. En esta tesitura, los derechos indígenas iluminan regiones oscuras del derecho tradicional: desarrollo y reivindicación social. Esto es, la visión racionalista que gobernó durante varios siglos a la ciencia jurídica, considerando a la libertad e igualdad como elementos originarios y estructurales del sistema bajo la noción de derechos individuales, ha sido renovada. El derecho ha metamorfoseado su tradición, de los últimos siglos, de ser una maquinaria rígida para transformarse en un asidero de la reivindicación social y de la imaginación política de los ciudadanos. Las comunidades políticas han aprendido la lección. Una sociedad es más democrática cuando logra nombrar sus derechos y vela por su cumplimiento. En esta perspectiva, la finalidad de todo entramado jurídico sería la búsqueda del aseguramiento mínimo de condiciones en donde los ciudadanos puedan recrear y potenciar sus derechos a partir del respeto irrestricto de los principios democráticos y más aún, que la noción de ciudadanía vaya acompañada de un mínimo de bienestar social. La ciencia jurídica se encuentra en un momento definitorio. Schiller señalaba que la Historia es el tremendo campo de trabajo del género humano; en esa tesitura la ciencia jurídica debe aspirar a ser el campo de la vida democrática. ¿Algún coto en el ejercicio de dicha praxis jurídica? Los derechos que dimanen de las necesidades y expectativas de las comunidades políticas para establecer un mínimo de expectativas jurídicas que aseguren una base mínima de bienestar social y humano.

El universo indígena desvela una serie de elementos críticos del sistema jurídico mexicano. El excesivo racionalismo jurídico no logró articular un corpus jurídico capaz de nombrar a la diferencia y a la particularidad social. Los derechos de los pueblos indígenas han transitado por diferentes frentes de batalla. Primero, el denuedo con el que se buscó el reconocimiento legal y la búsqueda de la articulación de políticas públicas que dieran solución a la ingente desigualdad en que viven las comunidades indígenas. La odisea del reconocimiento legal fue acompañada de debates de variado calibre. La infatigable lucha por lograr la articulación de un ordenamiento jurídico en consonancia con el sistema internacional de derechos humanos y la importante actividad de diversos actores sociales y políticos.

Como se ha podido atisbar en la realidad indígena, existen realidades sociales que son especialmente sensibles al fenómeno de la regulación jurídica. Más aun, la cuestión indígena es un fenómeno poliédrico que posee especiales matices, como cuestión humana y social, pero sin una homologación adecuada en el ámbito legal. Difícil situación. Dónde comienza la obligación del Estado para asegurar a los pueblos indígenas un marco institucional adecuado que permita ejercer sus derechos y más aún, que logre consolidar la ciudadanía indígena y un mínimo de seguridad jurídica. Desde el ocaso del siglo XX en México se ha discutido la naturaleza jurídica de los sistemas jurídicos indígenas. En esta perspectiva, la pregunta añeja, como la misma historia del hombre, sobre el mejor régimen jurídico tiene respuestas tan variadas como complejas en la realidad de los pueblos indígenas. Los derechos individuales como uno de los pilares de la modernidad jurídica han sido cuestionados por su parcial alcance en el reconocimiento de la diversidad étnica. Por ello, en el ámbito de la normatividad que regula el derecho consuetudinario indígena, las preguntas articulan un verdadero asidero para la ciencia jurídica. La ley como encarnación del bienestar de todas las comunidades a través de la regulación jurídica, y sobre todo, considerado como ordenamiento jurídico entendido como un código presto a la emancipación resulta cuestionable en el ejercicio de los derechos indígenas. La ley como un mero reflejo de la actividad del Estado y su falta de consideración en el marco legal. Es pues, un desafío el que enfrentan los diferentes pueblos indígenas y sus ordenamientos jurídicos, lograr que el entramado jurídico pueda brindar seguridad jurídica y sobre todo, asegurar el ejercicio efectivo de los derechos. Lo anterior porque si la ley es la manifestación del *Volkgeist* y políticamente constituye un entramado que evidencia la voluntad popular, la particularidad o diferencia a la mayoría constituiría un ámbito ajeno a la regulación jurídica. Es evidente que en México los reclamos indígenas pueden ser considerados minoritarios y que el Estado mexicano realizó una suerte de invisibilización de los pueblos indígenas a través de la falta de atención y escuálidas políticas públicas, y sobre todo, con la exigua creación de ordenamientos jurídicos indígenas en el sistema federal. En este ámbito, surge una cuestión. La quimera del reconocimiento legal ha sido un efectivo obstáculo a la democratización del sistema jurídico mexicano. Expliquemos. Tanto la regulación jurídica irregular y la inexistencia de programas públicos para paliar las grandes brechas de desigualdad, crearon un entramado ambiguo y lleno de penumbras para el ejercicio de los derechos mínimos indígenas. La arquitectura legal estaba totalmente alejada de la protección efectiva de las necesidades y derechos mínimos de las sociedades democráticas.

Finalmente, la discusión de los derechos indígenas en México ha sido extremadamente polarizada. Tan es así, que es notable la ausencia de jurisprudencia e interpretación judicial en la materia; esto ha evidenciado el avance lento de la protección de los derechos indígenas en México. Uno de los reclamos más acendrados de diferentes actores políticos en la discusión

indígena, a partir de la revolución zapatista fue la total negación de los derechos más importantes de las comunidades indígenas. Una de las tantas diatribas se refirió a la discusión de la falta de regulación de los derechos indígenas desde la óptica del Convenio 169 de la OIT y la regulación de los derechos colectivos. Gradualmente, como se ha advertido, los principios del sistema jurídico mexicano han comenzado a ser interpretados, y en esto ha sido determinante la jurisprudencia de la Corte IDH y de diversos ordenamientos de América Latina, de manera que se vertebren los derechos de los pueblos indígenas. Es justo, con este ensayo que se ha pretendido demostrar que la actividad inteligente del poder judicial y la decidida vocación de salvaguardar los derechos humanos de todos los actores políticos, en el ámbito de las comunidades indígenas, se robustecen de manera exorbitante con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, del 10 de junio de 2011. Precisamente bajo la férula de esta notable reforma, los jueces mexicanos tienen la obligación de conocer y aplicar los tratados internacionales en materia de derechos humanos. El Convenio 169, así como la aplicación de otros documentos internacionales, y especialmente la jurisprudencia del derecho comparado son fuentes básicas y necesarias en el ámbito de la impartición de justicia en México. Esto con la obligación irrestricta que tiene el poder judicial: dar certeza y eficacia jurídica a su actividad para salvaguardar los derechos colectivos de las comunidades indígenas.

Criterios jurisprudenciales

1. Nacionales

- Controversias constitucionales 48/2001 y 82/2001. Disponibles <<http://www.scjn.gob.mx/CentroBusqueda/results.aspx?k=controversias%20constitucional%2048/2001%20y%2082/2001>> (26 de junio de 2013).
- Amparo en revisión 123/2002. Sentencia definitiva de 4 de octubre de 2002, México pp. 455 y ss. Disponible en: <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=IND%C3%8DGENA%20%20&Consecutivo=0&Anio=2002&TipoAsunto=2&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MateriaID=0>> (26 de junio de 2013).
- 1a. XXXVIII/2003, DERECHOS DE LOS INDÍGENAS EN MATERIA DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN ESTATAL. NO SE VIOLAN CON LO DISPUESTO EN LOS ARTÍCULOS 72, 165 BIS, 171, 183, 269, FRACCIÓN IV, 285, 285 BIS, 290, 296 BIS, 314 Y 426, TODOS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, México, t. XVIII, agosto de 2003, p.228. Reg. IUS. 183560.

2. Internacionales

- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.
- Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.
- 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 No. 79.
- Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127 párr. 184.