

Capítulo 6

Los derechos colectivos indígenas en México: hacia su comprensión como derechos humanos

6.1. INTRODUCCIÓN

México es un país donde los grupos indígenas han formado parte de su historia y forman parte de su actualidad. Desde fines del siglo XIX, la nación que se buscó construir fue la nación homogénea, una nación mestiza donde lo indígena representaba, por una parte, un pasado mitificado y glorioso y, por la otra, un lastre del presente que significaba atraso, ignorancia, vicio. La historia constitucional de México no podía estar al margen de estas visiones, que por mucho tiempo conformaron la llamada “cuestión indígena”. En este capítulo me propongo realizar una revisión muy breve de la historia constitucional mexicana en torno a los derechos colectivos indígenas, que como veremos, han atravesado por varias etapas que reflejan cómo los grupos hegemónicos comprendieron a los indígenas y las formas en que los mismos movimientos indígenas, de lado de algunos grupos intelectuales, especialmente los antropólogos, lograron presentarse a sí mismos y sus demandas en un lenguaje que partía de reivindicar su existencia, su identidad y su autonomía en términos de derechos colectivos. El momento en que quiero centrar la atención es uno muy reciente e importante en este desarrollo de la noción de derechos colectivos indígenas, se trata del momento en que los derechos colectivos indígenas se conciben y visualizan como derechos humanos. Los cambios

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

constitucionales recientes en México, junto con la creciente importancia del sistema interamericano de protección de derechos humanos, han generado que este tema se convierta en un tema clave de las discusiones que están por venir, y que definan el alcance y protección de estos derechos a nivel regional y doméstico.

El ejemplo del caso de México posiblemente sirva para comprender el desarrollo de los derechos colectivos en el resto de los países latinoamericanos,¹ países, desde luego, con su propia historia constitucional y sus propias luchas por el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas, pero que como quizá se pueda advertir, hay muchas constantes y tendencias que tal vez nos permitan en otro momento hacer explícitas las conexiones históricas y también conceptuales que tenemos en común.

En el apartado 6.2 me referiré al periodo del nacionalismo revolucionario y al periodo constituyente de 1917 donde se configura, por vez primera en la Constitución mexicana, una posición de defensa de las tierras colectivas de los grupos indígenas, pero al lado de una visión paternalista que generó una fuerte política indigenista que buscaba la integración del indio en una nación mestiza. En el apartado 6.3 hablaré de un segundo periodo muy importante que ve surgir el discurso de los derechos colectivos indígenas ya dentro de una incipiente concepción de los derechos humanos que en esos momentos se está transformando, pero que a su vez coincide con el surgimiento y adopción de políticas económicas neoliberales que vendrán a reconfigurar el marco de problemas de exclusión, pobreza y acumulación de riqueza. En el apartado 6.4 me referiré a la reciente reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, que abre la posibilidad y algunas esperanzas moderadas de ver a los derechos colectivos como derechos humanos con las implicaciones jurídicas que

¹ Me he ocupado de este tema en un extenso trabajo Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos colectivos indígenas en la Constitución de 1917 y sus implicaciones”, en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015, pp. 165-318.

Los derechos colectivos indígenas en México...

el nuevo marco constitucional y regional ofrece para su protección. Sin embargo, el optimismo es escaso, la contradicción entre neoliberalismo y derechos humanos, a la cual nos referiremos de manera breve, parece no ser solo una relación de contradicción u oposición, sino quizá, como algunos historiadores la han visto, una relación de mutuo apoyo donde los derechos humanos juegan en favor del neoliberalismo. En México, pese a avances incuestionables a nivel de reconocimiento de los derechos colectivos indígenas y de poderlos concebir en el nivel de protección más alta que otorga la Constitución, lo cierto es que la eficacia y la realidad nos hablan más de la precariedad de esa protección, que en tiempos recientes es la precariedad de la protección de todos los derechos humanos.

6.2. EL NACIONALISMO REVOLUCIONARIO Y LA CUESTIÓN INDÍGENA

Hablar de la Constitución mexicana de 1917 implica referirse a un documento normativo con casi cien años de vigencia, un texto que se ha transformado constantemente;² dar cuenta de los derechos colectivos indígenas en la Constitución implica aludir a un proceso de cambios tanto conceptuales como institucionales y sociales que han tenido lugar en casi cien años de vigencia.

La adopción misma del texto constitucional por el Congreso Constituyente de 1917 no fue sino la continuación de un proceso histórico-político que comenzó desde el XIX. Las ideas liberales, que poco a poco se abrían paso en el pensamiento político, eco-

² Del texto constitucional original de 1917 queda muy poco. El 80% de los artículos originales han sido modificados en promedio cinco veces cada uno. Para 2013 la Cámara de Diputados contabilizaba 561 reformas constitucionales. Solo 27 de los 136 artículos constitucionales ha permanecido sin cambios, lo que equivale al 19%, véase Ríos, Viridiana, “Rarezas constitucionales”, *Nexos*, febrero, 2014, consulta 4 may 2015, disponible en <http://www.nexos.com.mx/?p=18391> Al 7 de junio de 2014 el portal de la Cámara de Diputados contabilizaba 220 decretos de reforma constitucional. Algunos decretos involucran reformas de más de un artículo de la Constitución, consulta 8 may 2015, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nómico y jurídico de la época, aborrecían la idea de lo colectivo y corporativo por entenderlo como un legado colonial y una muestra de atraso.³ La *cuestión indígena* era un problema añejo que venía de la Colonia y del cual no podemos relatar la historia aquí, nos bastará con recordar algunos datos que nos permitan entender el contexto en que surgieron los preceptos relacionados con dicha cuestión indígena y campesina en la Constitución de 1917.

El tema indígena había aparecido ya durante la época independiente; en los debates del Constituyente de 1857 hubo algunas alusiones y planteamientos sobre el denominado problema indio, tanto respecto al tema de sus tierras como a lo que se consideraba las causas de su miseria y atraso cultural. Hubo también llamados de atención sobre una falsa idea de homogeneidad de la nación mexicana que se estaba tratando de imponer: “entre las muchas ilusiones con que nos alimentamos, una de las no menos funestas es la que nace de suponer que nuestra patria es una nación homogénea”, advertía Ignacio Ramírez.⁴

Las reformas liberales en cuestiones agrarias se habían tratado de implementar desde las reformas borbónicas de finales del siglo XVIII. Antes de los intentos de los liberales mexicanos, la cuestión ya se había planteado en términos de repartir la tierra comunal de los indios a los campesinos pobres. Durante el proceso constituyente de 1857 prevaleció el tema de la desamortización de los bienes eclesiásticos y el tema indígena se supeditó a este. El tema central, tratándose de los indios, se reducía al problema de la tierra. Los liberales pensaban que la privatización y parcelización de la tierra eran la manera de convertir a los indios en verdaderos ciudadanos, había entonces que hacerlos propietarios privados. A lo largo del siglo XIX los esfuerzos por lograr esta transformación fueron constantes, pero poco eficientes. Lo que se consiguió fue que algunos terratenientes incrementaran sus propiedades a costa de las tierras comunitarias, pero no que los campesinos pobres se hicieran prósperos propietarios. Los grandes beneficiados de las políticas de defensa de la propiedad

³ Cfr. López Bárcenas, Francisco, *Autonomía y derechos indígenas en México*, México, Ediciones Coyoacán-UNAM, 2005.

⁴ La cita se refiere al discurso del diputado Ignacio Ramírez en 1856, cit. por López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 66.

Los derechos colectivos indígenas en México...

privada fueron los hacendados. El proceso de reparto de tierras comunales había comenzado antes de las Leyes de Reforma, pero se intensificó especialmente en los decenios de 1880 y 1890.⁵

Los bienes de las comunidades-ayuntamientos no fueron nacionalizados, ni divididos ni repartidos con la ley de desamortización del 25 de junio de 1856 —conocida como Ley Lerdo—, a diferencia de los bienes del clero, sino que los liberales en dicha ley ordenaron el reparto de las tierras con la idea de que se estaba protegiendo a los indígenas, pues eran ellos los supuestos beneficiarios del reparto, pero lo cierto es que donde la tierra se repartió, fueron muy pocos los indígenas que lograron mantenerla. Los litigios, fraudes y corruptelas estuvieron a la orden del día. La ley autorizaba a los jefes políticos a rematar los terrenos en caso de que las comunidades no hicieran el reparto.

Pese a todos los esfuerzos por suprimir la propiedad comunal, la persistencia de la misma se explica porque estaba ligada a formas de vida comunitaria, formas de solidaridad y a formas de hacer política.⁶ Los pueblos y comunidades idearon muchas formas de burlar las reformas y los repartos. Los levantamientos indígenas o populares fueron una estrategia para romper el pacto de subordinación con el gobierno federal o estatal y orillarlos a negociar. Desde luego, muchos levantamientos eran reprimidos, pero esta estrategia llegó a estar altamente institucionalizada y sirvió para que muchas comunidades mantuvieran sus tierras.⁷

Desde entonces surgió una contradicción advertida por algunos personajes importantes como Wistano Luis Orozco y Andrés Molina Enríquez. La contradicción consistía en sostener que los pueblos, por ser corporaciones civiles, carecían de personalidad legal, pero luego se les reconocía esta a los ayuntamientos, que

⁵ Knight, Alan, “El liberalismo mexicano desde la Reforma hasta la Revolución (una interpretación)”, en *Historia Mexicana*, vol. XXXV, núm. 1, jul-sep, 1985, pp. 76-77.

⁶ Escalante Gonzalbo, Fernando, *Ciudadanos imaginarios*, México, Colmex, 1992, pp. 55-74.

⁷ Annino, Antonio, “Pueblos, liberalismo y nación en México”, en Annino, Antonio y Guerra, Francois-Xavier (coords.), *Inventando la nación iberoamérica*, México, Siglo XXI Editores-FCE, 2003, p. 411.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

también eran entidades corporativas que podían poseer tierras. Los estudios de Wistano Orozco⁸ y Molina Enríquez⁹ terminaban por militar a favor de la causa de las comunidades y presentaron a los pueblos y a la propiedad comunal como una solución, al menos temporal, a los problemas agrarios. Estas ideas tuvieron gran influencia en un grupo de ideólogos revolucionarios, entre ellos Luis Cabrera, quien logró introducir estas ideas en los procesos legislativos posteriores a 1910. Molina Enríquez formaría parte de los asesores de la Comisión que redactaría el artículo 27 de la Constitución de 1917.

Andrés Molina Enríquez en *Los grandes problemas nacionales* (1909), desde un darwinismo social adaptado, consideró que la propiedad individual pequeña y mediana era la ideal, producto de una evolución histórica a la cual había que aproximarse. Se oponía, en principio, a la propiedad comunal, pero la consideraba necesaria históricamente hablando, pues el progreso no podía imponer modelos sin reconocer que ciertas fases evolutivas tenían que ser transitadas. Por ello, la propiedad comunal era una fase que había que reconocer y garantizar a los pueblos indígenas hasta que alcanzaran condiciones evolutivas necesarias para convertirse en propietarios individuales. Era pues, una fase transitoria en los sistemas de propiedad. Dentro de la comunidad se respetaba el derecho del ocupante y poco a poco se iba transformando en una propiedad individual que se transmitía de padres a hijos.

Luis Cabrera defendió el Plan de Ayala (1911), que impulsaba el llamado proyecto ejidal del movimiento encabezado por Emiliano Zapata.¹⁰ En un largo discurso ante la Cámara de Dipu-

⁸ Orozco Wistano, Luis, *Los ejidos de los pueblos (1914)*, México, Ediciones "El Caballito", 1975.

⁹ Molina Enríquez, Andrés, *Los grandes problemas nacionales*, México, Imprenta Carranza e Hijos-Era, 1909.

¹⁰ En el séptimo punto del Plan de Ayala se establecía: "7° En virtud de que la inmensa mayoría de los pueblos y ciudadanos mexicanos no son más dueños que del terreno que pisan sufriendo los horrores de la miseria sin poder mejorar en nada su condición social ni poder dedicarse a la industria o a la agricultura por estar monopolizados en unas cuantas manos las tierras, montes y aguas, por esta causa se expropiarán, previa indemnización de la

Los derechos colectivos indígenas en México...

tados abordó el problema de la cuestión agraria y el ejido. Destacó que la división tradicional de las tierras se hacía entre el *casco*, que constituía la circunscripción destinada a la vida urbana; el *ejido*, destinado a la vida comunal, y los *propios*, destinados a la municipal de los ayuntamientos. Cabrera sostuvo que, frente al caos que habían implicado las reformas liberales, era necesaria una medida jurídica radical: la expropiación para reconstituir los ejidos por causa de utilidad pública. Advertía también un problema que solo se resolvería con un nuevo diseño constitucional, pues los pueblos no tenían personalidad jurídica y no podían adquirir la propiedad de la tierra. De aquí se generaba el dilema de poner la tierra en manos de los pueblos o en manos de los ayuntamientos. Este problema se resolvió dándole a los pueblos la propiedad de la tierra, pero sin otorgarles personalidad jurídica en tanto pueblos, sino que la personalidad jurídica la tendría el núcleo de población constituido por los ejidatarios, que a la postre se transformarán en *el ejido*, un sujeto con derechos pero donde la comunidad o el pueblo ya no coinciden con esta figura legal.¹¹

Es importante hacer notar que la llamada “cuestión indígena” no se abordó de manera explícita en la Constitución de 1917, pero el artículo 27 contempló en su fracción VI que los condueños, rancharías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común de las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan o que se les hayan restituido.

La Constitución no habló explícitamente de los indígenas, pero sí fue una cuestión que estuvo presente en la mente de mu-

tercera parte de esos monopolios a los poderosos propietarios de ellas, a fin de que los pueblos y ciudadanos de México obtengan ejidos, colonias, fundos legales para pueblos, o campos de sembradura o de labor, y se mejore en todo y para todo la falta de prosperidad y bienestar de los mexicanos.”

- ¹¹ Azuela, Antonio, “La jurisprudencia y la formación del régimen agrario en el siglo veinte mexicano”, en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, México, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos-SCJN, 2015, pp. 319-462.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

chos que participaron en su confección y en el ambiente político, cultural y jurídico de su momento. La Constitución fue resultado de un pensamiento nacionalista que tenía enemigos tanto externos como internos. La conciencia nacional se desgarró ante el problema indígena, pues el indio fue visto como un elemento antinacional, dado que representaba la “raza” que no se quería, la raza que debía ser transformada; se le consideró un problema para el progreso. A la vez, y de modo paradójico, se ensalzó al indio como fuente de la fusión de dos razas, los indios eran el pasado glorioso, eran la historia, pero no podían ser el modelo de lo que se quería hacia el futuro.¹²

El vínculo entre la Constitución de 1917 y el desarrollo de las ideas indigenistas estuvo en el concepto de *nación homogénea* implícito en el texto constitucional,¹³ y en la idea de que las comunidades indígenas merecían protección mientras se lograba la incorporación de los indios a la verdadera ciudadanía. Con estas

¹² Gómez Izquierdo, José Jorge, *El camaleón ideológico. Nacionalismo, cultura y política en México durante los años del presidente Lázaro Cárdenas (1934-1940)*, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2008, p. 24.

¹³ Lo implícito es la idea de homogeneidad no la de nación, pues, como ha señalado Fernando Escalante: “En el texto del artículo 27 [...] la nación aparece hasta dieciséis veces, y figura como sujeto que autoriza, decide, garantiza, justifica y condiciona el ejercicio de los derechos [...] Para subrayar más la rareza vale la pena recordar que en la ley del 6 de enero de 1915, que fue hasta 1934 complemento del artículo 27, la nación no figura en absoluto [...]; en la ley del 6 de enero existen la clase indígena, los campesino, el gobierno. Para decirlo en una frase, solo como introducción: la nación mexicana aparece como figura jurídica relevante en el Constituyente de 1917, y se manifiesta en el territorio...”, Escalante Gonzalbo, Fernando, “El lenguaje del artículo 27 constitucional”, en Kourí, Emilio (coord.), *En busca de Molina Enríquez. Cien años de los grandes problemas nacionales*, México, Colmex-The University of Chicago, 2009, p. 232. La nación existe en el territorio y como garantía de cohesión, persistencia y orden del territorio, es imposible evitar la sospecha —nos dice Escalante— que la insistencia abrumadora de la nación no solo afirma algo, sino que también oculta otra cosa. A Escalante le preocupan otras cosas que no están o están ocultas: las fuentes de los títulos de propiedad con que las comunidades podían pedir la restitución de las tierras, Escalante Gonzalbo, Fernando, “El lenguaje del artículo 27 constitucional”, ...*cit.*, p. 238. A nosotros aquí nos interesa hacer hincapié en otra cosa también implícita, que esa nación es la nación homogénea, la nación mestiza.

Los derechos colectivos indígenas en México...

ideas y el fundamento constitucional el Estado comenzó a crear importantes instituciones. La labor del Estado estuvo acompañada por un grupo importante de antropólogos, arqueólogos e historiadores, entre quienes destacaron Manuel Gamio, José Vasconcelos, Moisés Sáenz, Alfonso Caso, Gonzalo Aguirre Beltrán, entre otros. En 1934 inició el periodo del general Lázaro Cárdenas al frente de la presidencia de la República, con él inicia el periodo del indigenismo oficial. En 1935 se creó el Departamento Autónomo de Asuntos Indígenas (DAAI), y en 1938 el Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH) y la Escuela Nacional de Antropología e Historia (ENAH). Estas instituciones se centrarían en el problema de los indígenas, de las etnias. El primero era un órgano consultor del gobierno involucrado en el diseño e implementación de políticas públicas y el segundo estaba enfocado a la realización de estudios de las etnias. En 1937 se creó también el Departamento de Educación Indígena de la Secretaría de Educación Pública. Fueron muchas las comisiones y departamentos que se crearon para atender problemas específicos de algunas etnias en particular. La política cardenista estaría marcada por esta nueva fisonomía.

En 1940 se organizó el Primer Congreso Indigenista Interamericano en Pátzcuaro, Michoacán, donde se formularía el primer programa del indigenismo latinoamericano que acordó la creación del Instituto Indigenista Interamericano con sede en México, que realizaría algunas aportaciones muy importantes a nivel de legislación internacional. El DAAI desaparecería y luego de algunos cambios, ya en el gobierno de Miguel Alemán, se crearía en 1948 el Instituto Nacional Indigenista (INI), que dependería directamente del presidente.

Durante el periodo cardenista se profundizó la reforma agraria fundada en el artículo 27 constitucional, esta reforma perseguía un reparto de la riqueza. En aquel momento, repartir la tierra era una medida distributiva radical, puesto que la tierra valía y producía riqueza. Los grupos indígenas y los campesinos eran los beneficiarios de estas medidas y se esperaba que así salieran de su situación de marginación y pobreza. Sin embargo, otros factores más difíciles de calcular en ese momento interfirieron con los fines de esta reforma. Por razones de índole económica, a nivel global las tierras agrícolas comenzaron a perder su valor

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

en muchos lugares del mundo. La industrialización, el desarrollo de los servicios y el crecimiento urbano comenzaron a reconfigurar la estructura de la riqueza.¹⁴ Los campesinos y los indígenas usaban la tierra para usos agrícolas, pero muchos de los recursos naturales que había en ellas no les pertenecían. En algunas décadas se darían cuenta de que la tierra por sí sola ya no valía mucho y buena parte de ella no era productiva; se necesitaba inversión, créditos, tecnología, asesoría técnica, mano de obra y muchas otras cosas de las que carecían y, por ende, tenían que pedir las y negociarlas con el gobierno. El clientelismo se apoderó de la relación gobierno/campesinos y los campesinos no lograron ser libres como pretendió la Revolución, a pesar de tener la tierra.

6.3. EL NEOLIBERALISMO Y EL SURGIMIENTO DE LOS DERECHOS INDÍGENAS

México dejó de ser una sociedad agraria por su composición demográfica y por sus representaciones ideológicas. Como señala Arturo Warman, el crecimiento explosivo de la población y su emigración, la urbanización acelerada, la industrialización, el agotamiento del corporativismo para el control político, la apertura al exterior, la penetración de medios electrónicos de comunicación masiva, las crisis recurrentes y la desigualdad permanente sacudieron las estructuras sociales y sus representaciones colectivas.¹⁵ Los sueños de convergencia en una grande y única cultura nacional se esfumaron frente al mosaico plural. La esperanza de la unidad en lo homogéneo mostró su imposibilidad.¹⁶

El contexto político nacional de entonces estuvo marcado por un despertar democrático que se originó en 1985, pero también por unas elecciones presidenciales (1988) en que resultó electo Carlos Salinas de Gortari, bajo la sombra del fraude electoral y frente a un movimiento que logró aglutinar a los partidos

¹⁴ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, pp. 129, 135, 157-168.

¹⁵ Warman, Arturo, *Los indios mexicanos en el umbral del milenio*, México, FCE, 2003, p. 273.

¹⁶ Warman, Arturo, *op cit.*, p. 274.

Los derechos colectivos indígenas en México...

de izquierda. Durante el sexenio de Salinas de Gortari se consolidarían las políticas neoliberales que habían comenzado a implementarse en el sexenio anterior, se iniciaron las conversaciones para la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. A nivel internacional comenzaron los festejos del Quinto Centenario del Descubrimiento de América (1992), hecho que abrió un enorme debate en torno al festejo mismo y la situación de los pueblos indígenas. Los movimientos indígenas se fortalecieron y comenzaron a exigir el reconocimiento de sus derechos colectivos. Una ola de reformas constitucionales en este sentido haría que muchos países latinoamericanos reformaran sus constituciones —Guatemala, Nicaragua, Colombia, Brasil—. En este contexto internacional se comenzó a discutir el proyecto de *Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas* elaborado por un Grupo de Trabajo de la Organización de las Naciones Unidas.¹⁷ Ante este complejo panorama, las reformas económicas neoliberales tuvieron que abrir un resquicio al reconocimiento de una nación pluricultural.

Una de las reformas económicas de este periodo que impactó a los campesinos e indígenas tuvo que ver con el artículo 27 constitucional, la reforma marcó el fin del proyecto agrario de dotación de tierras y abrió la posibilidad legal de privatizar el ejido. Otra de las reformas que nos interesan es la del artículo 4 constitucional (1992), que reconoció la composición multicultural de la nación mexicana.¹⁸ Lo más significativo de esta reforma

¹⁷ El grupo de trabajo fue impulsado por el “Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas”, el ecuatoriano José R. Martínez Cobo, su informe final se denominó “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas” presentado en sucesivas entregas entre 1981 y 1984 (Documento ONU E/CN.4/sub 2/1986/7, de 1986). Este informe tuvo repercusión directa en la creación del Grupo de Trabajo sobre derechos indígenas y sobre el grupo que revisó el Convenio 107 de la OIT que se convertiría en el Convenio 169. Para mayores referencias sobre esta *Declaración* véase el trabajo de Anaya, James S., *International Human Rights and Indigenous Peoples*, Austin-Boston-Nueva York-Países Bajos, Wolters Kluwer, 2009.

¹⁸ El texto del artículo 4 reformado establecía lo siguiente: “La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus len-

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

fue el abandono de la idea de una nación étnica y culturalmente homogénea. El indigenismo nacionalista quedó oficialmente sepultado con esta reforma.

Un antecedente muy importante de esta reforma fue la firma del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que tendría importantes repercusiones en el país y representaría un giro en la forma de entender los derechos colectivos indígenas.¹⁹ Esta nueva forma de entender los derechos colectivos será fundamental para comprender cómo se articularon las demandas tanto de los grupos indígenas que participaron en el alzamiento del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en Chiapas (enero de 1994), como del amplio movimiento indígena e intelectual que participó en las conversaciones y acuerdos de paz con el gobierno federal que culminaría en los llamados Acuerdos de San Andrés. En estos acuerdos se sentarían las bases de un proceso muy crispado de discusión para reformar la Constitución, cosa que ocurriría hasta el 2001, cuando se adoptó un extenso artículo 2 que se refiere a los derechos indígenas.

Se puede hablar mucho de esta etapa, pero en este trabajo no hay espacio para ello. Quiero simplemente resaltar dos hechos importantes que marcan en mucho la situación que actualmente tenemos. Por un lado, desde los años setenta se comenzaron a implementar las políticas neoliberales impulsadas por Margaret Thatcher en Inglaterra y luego por Ronald Reagan en Estados

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

¹⁹ Este convenio estuvo impulsado por miembros del Instituto Indigenista Interamericano que comenzó a trazar lazos entre los discursos antropológicos y el discurso de los derechos humanos. En 1986 una comisión de expertos convocados por la OIT que incluía representantes del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, recomendó la revisión del Convenio 107 por considerarlo anacrónico. De ahí surgieron los trabajos que llevaron a la adopción de un nuevo convenio, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que fue adoptado el 27 de junio de 1989 por la OIT. Este Convenio fue ratificado por México el 5 de septiembre de 1991, que en términos del artículo 133 constitucional formaría parte del derecho mexicano. Más adelante nos volveremos a referir a este Convenio.

Los derechos colectivos indígenas en México...

Unidos. Estas políticas llegaron a América Latina de la mano de la dictadura de Pinochet en Chile y comenzaron a implementarse casi en todos los países desde los años ochenta. Esto vendría a cambiar mucho el panorama de las economías de la región, el modelo de desarrollo, las políticas sobre el uso y explotación de recursos naturales y las formas de inversión de los capitales transnacionales, que si bien producirían crecimiento económico, lo harían a costa de una preocupante acumulación de riqueza, despojos y exclusión social. Por otro lado, en la misma década que surge el neoliberalismo, algunos expertos han sostenido que surge también lo que denominan *el discurso contemporáneo de los derechos humanos*. La relación entre estos dos hechos históricos es en la actualidad motivo de un interesante debate entre historiadores y politólogos. Para algunos, el tipo de vinculación entre neoliberalismo y derechos humanos pasa por advertir algo más que una coincidencia histórica, para afirmar un vínculo muy estrecho de mutuo apoyo.²⁰ Para otros, los derechos humanos serían una fuerza o movimiento que podría resistir y oponerse al capitalismo neoliberal, civilizarlo.²¹ Por su parte, Moyn ha sostenido que los vínculos son evidentes, pero falta aún mucho para comprenderlos mejor desde una perspectiva histórica, lo que es claro es que el discurso de los derechos ha sido poco eficaz.²²

Lo que me interesa poner de manifiesto aquí es que los derechos colectivos indígenas forman una parte muy importante de esa concepción contemporánea de los derechos humanos. Su rol frente a las políticas neoliberales, aunque en los hechos ha sido poco o nada eficaz, ha servido para aglutinar a los movimientos indígenas y darles un discurso retóricamente poderoso que co-

²⁰ Klein, Naomi, *The Shock Doctrine: The Rise of Disaster Capitalism*, Nueva York, Metropolitan Books. Hay traducción castellana: *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*, Paidós Ibérica, 2007; Marks, Susan, "Four Human Rights Myths", en Kinley, David; Sadurski, Wojciech y Walton, Kevin (eds.), *Human Rights: Old Problems, New Possibilities*, UK-USA, Edward Elgar Publishing, 2013, pp. 217-235.

²¹ Kinley, David, *Civilising Globalisation: Human Rights and the Global Economy*, Cambridge-Nueva York, Cambridge University Press, 2009.

²² Moyn, Samuel, "A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism", *Law and Contemporary Problems*, vol. 77, núm. 4, 2014. 147-169, disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol77/iss4/>

mienza a ser utilizado dentro de las instituciones de administración de justicia domésticas e internacionales.

6.3.1. La concepción contemporánea de los derechos humanos

Al término de la Segunda Guerra Mundial cuando se firmó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la filosofía detrás del discurso sobre los derechos humanos provenía de dos fuentes: la primera, y principal, fue el ideario iusnaturalista, contractualista y liberal de los siglos xvii y xviii; la segunda, la concepción formalista y positivista del derecho que se desarrolló y consolidó durante el siglo xix y la primera mitad del siglo xx. Ambas tradiciones, aunque representan concepciones opuestas, coincidían —por razones no muy distintas— en que los derechos eran *derechos individuales*. Así entonces, todos los derechos humanos se concibieron en un primer momento de este modo.

Sin embargo, la idea de los derechos humanos ha evolucionado mucho desde que se promulgó la Declaración de 1948. Casi inmediatamente después de promulgada esta Declaración, surgieron importantes debates sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos. Las discusiones surgieron por un malestar evidente frente a las teorías iusnaturalistas que, en primera instancia, habían estado detrás de su confección. A tales alturas de la historia de la filosofía y de la teoría moral y jurídica, pensar en que el iusnaturalismo del siglo xviii podía servir de fundamento de los derechos humanos era ignorar más de un siglo de críticas contra esas ideas. Surgió entonces la necesidad de buscar una nueva fundamentación. Así, se abrieron varias alternativas filosóficamente novedosas, que si bien podían estar ligadas al pensamiento kantiano, lo cierto es que el marco de justificación de estas teorías ya no fue de corte iusnaturalista. Las teorías sobre la fundamentación de los derechos humanos abarcan hoy buena parte de las posiciones existentes en filosofía moral y política, aunque no todas han logrado articular teorías coherentes (algunas incluso, son teorías escépticas que niegan que puedan existir los derechos humanos en el sentido que el discurso y los documentos internacionales pretenden).

Los derechos colectivos indígenas en México...

La idea de los derechos humanos supone que se trata de derechos muy especiales, que no son derechos cuya existencia dependa exclusivamente de la voluntad de los legisladores, locales o internacionales. En distintas épocas se ha tratado de capturar esta idea, por ejemplo, al señalarse que se trata de derechos naturales, derechos que son previos a la creación del Estado (Hobbes, Locke); se ha dicho que son derechos con los que la gente nace y que nadie puede arrebatarse (Locke). En la actualidad, estas ideas de los derechos naturales suenan muy extravagantes, aunque sigan siendo socorridas. El reto de una fundamentación diferente consistía y consiste en poder explicar cómo y en qué sentido los derechos humanos son algo que no depende de la mera voluntad y arbitrio de alguien, se trata de explicar la fuerza moral que tienen y que genera la posibilidad de imponer en otros, obligaciones no solo morales, sino también jurídicas.

Las principales vías de justificación que se abrieron y que se han desarrollado han estado ligadas al pensamiento kantiano y/o al constructivismo (Gewirth, Dworkin, Rawls, Nino), a teorías consensualistas de diversos tipos (Taylor, Habermas, Frost, Nussbaum), a teorías de las necesidades (Heller, Sen, Nussbaum) y algunas formas de consecuencialismo (Talbot). Aquí no podemos pretender explicar estas teorías, baste únicamente su mención para mostrar que el tema del fundamento ha preocupado y generado nuevos marcos teórico-conceptuales para hablar de los derechos humanos.

Pero más allá de los cambios teóricos actuales, muchos expertos coinciden en que la comprensión actual de lo que son los derechos humanos es muy distinta a las concepciones previas en varios sentidos. Moyn²³ sostiene que la idea actual de los derechos humanos emerge en realidad hace muy poco, en la década de los setenta, producto de una serie de cambios histórico-políticos que tienen que ver con la pérdida de credibilidad del régimen soviético —no con su caída propiamente—, con el conflicto en Vietnam, con la aparición y proliferación de organizaciones no gubernamentales (ONG) enfocadas a temas de derechos huma-

²³ Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 2010.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

nos —como Amnistía Internacional—, con el surgimiento de la curiosidad de los intelectuales por el tema de los derechos humanos y con que los derechos humanos comenzaron a invocarse como guía de la política internacional de algunos países como Estados Unidos. Los derechos humanos emergieron como una nueva utopía para lograr otro mundo mejor, basado en el respeto y la dignidad del ser humano. La idea central de Moyn es que los derechos humanos representan el nuevo umbral de la moralidad. Otros autores han percibido este cambio también, aunque no hayan sostenido una tesis tan fuerte como la de Moyn. Para la gran mayoría, el cambio comenzó de manera progresiva desde la adopción de la Declaración Universal en 1948.

Por tanto, las ideas de los derechos naturales, de los derechos del hombre y del ciudadano que se tuvieron en el siglo XVIII, son muy diferentes a nuestra concepción actual de los derechos humanos. Trazar un vínculo histórico directo entre los derechos humanos de hoy y los derechos naturales de hace más de dos siglos es simplemente un mito, quizá un mito muy extendido, pero falso.²⁴

James W. Nickel, un experto en derechos humanos, sostiene que la visión contemporánea de los derechos humanos, contemplada en dicha Declaración y en los subsecuentes tratados de derechos humanos, difiere de aquellas concepciones tempranas —las que nos vienen del siglo XVIII— en tres aspectos relevantes: primero, los derechos humanos son actualmente más igualitarios; segundo, son menos individualistas, y tercero, están más orientados al ámbito internacional.²⁵

Primero, son más igualitarios porque se han enfocado a luchar contra la discriminación basada en cuestiones raciales, religiosas, de nacionalidad, de género, de edad; porque se han admitido derechos económicos y sociales para buscar cambios en las condiciones de acceso y de disfrute de los derechos, a fin mitigar las desigualdades sociales. Segundo, son menos individualistas porque reconocen distintos grupos humanos y comunidades como sujetos especiales de derechos humanos. Así, diversos tratados se

²⁴ Moyn, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History, ...cit.*, pp. 3-4.

²⁵ Nickel, James W., *Making Sense of Human Rights*, 2ª ed., Massachusetts, Blackwell Publishing, 2007, p. 12.

Los derechos colectivos indígenas en México...

han enfocado en minorías vulnerables, la familia, las mismas mujeres y los grupos indígenas. Finalmente, están más orientados al ámbito internacional porque su ámbito de protección y acción ha superado el de las fronteras nacionales y las obligaciones de los Estados con sus ciudadanos. Los derechos humanos hoy han rebasado claramente los límites de las fronteras nacionales y sus soberanías, se han creado y fortalecido organismos y mecanismos internacionales de control y de exigencia contra los Estados, los sujetos titulares de los derechos humanos —individuales y colectivos— pueden acceder ahora —todavía con limitaciones— a formas de protección internacional.²⁶

La pregunta de si los derechos colectivos —derechos de los pueblos— son o no derechos humanos, ha sido respondida de manera afirmativa por algunos especialistas. Nickel afirma que los derechos de los pueblos —indígenas—, aunque difieran de los típicos derechos humanos individuales, han sido legítimamente incorporados en los tratados de derechos humanos y en otras áreas del derecho internacional, dado que en diversas ocasiones pueden estar justificados por las mismas razones y valores que los demás derechos humanos. Nickel distingue tres tipos de derechos colectivos: (i) los derechos de seguridad, (ii) los de representación y (iii) los de autonomía. Los derechos de seguridad protegen la existencia e integridad de los grupos o comunidades, son derechos contra el genocidio, el etnocidio, el desplazamiento forzoso, el despojo de su territorio, etc. Los derechos de representación pretenden otorgarles y garantizarles una representación significativa en las decisiones políticas del país en que se asienten; estos derechos suelen incluir cuotas o un porcentaje de asientos en los parlamentos que aseguren que su voz y sus intereses serán considerados, o derechos a cierto tipo de cargos en los gobiernos. Los derechos de autonomía les otorgan a los pueblos o comunidades poderes formales para ejercer jurisdicción y regirse por sus propias normas en algunos asuntos internos, tales como cuestiones relacionadas con la propiedad de bienes, asuntos familiares, educación, el desarrollo cultural y el aprovechamiento de sus territorios.²⁷

²⁶ Nickel, James W., *op. cit.*, pp. 14-15.

²⁷ *Ibidem*, pp. 164-165.

6.3.2. El Convenio 169 de la OIT como pieza fundamental del cambio retórico

Respecto de los derechos colectivos indígenas, el cambio más relevante provino de la adopción del Convenio 169 de la OIT. En este convenio se abandonó la concepción integracionista del Convenio 107, por una concepción que parte del derecho de los pueblos a existir, esto es, se hizo hincapié ya no en los individuos sino en los pueblos; se le otorgó una especial importancia a la participación activa de los pueblos en la identificación de sus problemas y en la búsqueda de soluciones, insistiendo, en el derecho a ser consultados; se adoptó un lenguaje de los derechos de los pueblos, es decir, de derechos colectivos, para aludir a los reclamos, exigencias y necesidades que las comunidades indígenas venían reclamando a nivel internacional.²⁸ Estas nuevas coordenadas en que se articuló el Convenio 169 serán claves para comprender la transformación que se presentará en la forma de entender la relación entre los pueblos indígenas y el Estado.

Este Convenio será también clave para entender la vinculación de los derechos de los pueblos con la idea de los derechos humanos, tema que desde entonces dio mucho de qué hablar a los especialistas en estas materias, pues en ese momento todavía prevalecía un lenguaje exclusivamente individualista. El Convenio 169 será clave para la transformación del discurso contemporáneo de los derechos humanos, al sostener una visión menos individualista.

Este Convenio fija a nivel internacional lo que deberá entenderse por “pueblo indígena” (art. 1.1, inc. b) y reconoce varios derechos de los pueblos, como el derecho a ser consultados cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art. 6); el derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo económico, social y cultural (art. 7); el derecho a conservar sus costumbres y sus instituciones, siempre que estas no afecten los derechos humanos (art. 8), incluyendo sus costumbres jurídicas en cuestiones penales (art. 9); consagra el derecho a las tierras, entendido como el derecho al territorio

²⁸ ANAYA, James S., *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 47.

Los derechos colectivos indígenas en México...

que tradicionalmente han ocupado o utilizado (art. 13), a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales que existan en sus tierras. Contiene muchos otros derechos, entre ellos, el derecho de los niños indígenas a recibir educación en su propia lengua (art. 28). Es importante señalar que se establecen también una serie de obligaciones de los Estados, a fin de garantizar todos los derechos que contempla el Convenio.

El año de 1992 se puede considerar como una fecha simbólica del despertar de los pueblos indígenas, fue el año de la conmemoración de los quinientos años de un descubrimiento que ellos recordaron como el inicio de una conquista y del despojo sistemático de sus tierras, recursos naturales y de su cultura. Los grupos indígenas en toda América opusieron a la conmemoración una “Campaña de 500 años de Resistencia”. En este despertar tuvieron un nuevo discurso del que echar mano, el Convenio 169 de la OIT sirvió para articular sus demandas en términos de derechos colectivos y de derechos humanos.

6.3.3. La reforma constitucional de 2001: una carta de derechos indígenas

Las reformas del 14 de agosto de 2001 implicaron cambios en los artículos 1, 2, 4, 18 y 115 de la Constitución. La parte central de la reforma que nos interesa se encuentra en el muy extenso artículo 2. En este precepto se comienza por advertir que la nación mexicana es única e indivisible. Con esto se pretendía alejar temores de algunos sectores conservadores que advertían de una balcanización del país. Se reiteraba esencialmente lo establecido en el Convenio 169 y en la reforma constitucional de 1992 en relación con que la nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Se reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. Se estableció que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

en las constituciones y leyes de las entidades federativas. Este fue un punto que el movimiento indígena y el EZLN vieron con desagrado, pues se remitía el reconocimiento jurídico de los pueblos a la legislación secundaria.²⁹

El apartado A del artículo 2 desarrolla el contenido del derecho de autonomía de los pueblos, que podrán:

- I. *Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.*
- II. *Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres [...].*
- III. *Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno [...], en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados [...].*
- IV. *Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.*
- V. *Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.*
- VI. *Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia [...], al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas [...].*
- VII. *Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos [...].*
- VIII. *Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura [...].*

²⁹ Para un análisis detallado, véase Carbonell, Miguel, “Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, IIJ-UNAM, 2002, pp. 22-25.

Los derechos colectivos indígenas en México...

En el apartado B se enlistan una serie de medidas para desarrollar y garantizar la igualdad de oportunidades; la igualdad de trato y el impulso de programas sociales o políticas públicas para fortalecer el desarrollo regional; el desarrollo educativo en todos sus niveles y la capacitación productiva; los servicios de salud; la vivienda; la incorporación de la mujer a actividades productivas, de salud y educativas; las vías de comunicación; el acceso a medios de comunicación; medidas para la protección de migrantes indígenas.³⁰

En la fracción IX de este apartado B se establece la obligación de la Federación, estados y municipios de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

La discusión de esta reforma, como mencionamos, generó grandes enfrentamientos y discusiones no solo entre los partidos representados en las cámaras y las legislaturas locales, sino en el resto de la sociedad, particularmente entre los juristas. La reforma se había quedado corta respecto de tres puntos esenciales para los pueblos indígenas y, particularmente para el EZLN, que finalmente desaprobaron la reforma por considerarla insuficiente y que no cumplía con los Acuerdos de San Andrés.³¹ Los

³⁰ Para algunos constitucionalistas como Miguel Carbonell, el apartado B de este artículo resulta en un excesivo engordamiento de la Constitución al incluir expectativas demagógicas y meramente retóricas (Carbonell, Miguel, “Constitución y derechos indígenas: introducción a la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001”, ...*cit.*, p. 30). Lo curioso del comentario viniendo de alguien que ha defendido la normatividad de la Constitución es que estas “expectativas meramente retóricas” se ocupan de establecer derechos sociales para los indígenas y sus pueblos. La protección de los derechos sociales en las comunidades indígenas es otra cuestión importante que en otra ocasión valdrá la pena tratar.

³¹ Conviene recordar que diversos pueblos interpusieron recursos de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. La Corte resolvió que no era competente para revisar el proceso de reforma constitucional debido a que el Constituyente permanente es soberano. En consecuencia declaró improcedentes los recursos. Controversias constitucionales 82/2001 y 48/2001 promovidas respectivamente por los ayuntamientos de los municipios de Santiago Amoltepec y de San Pedro Quiatoni Tlacolula del estado de Oaxaca González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, IJ-UNAM, 2010, p. 355.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

puntos de desacuerdo consistieron en que los pueblos no fueron reconocidos como entidades de derecho público, sino se remitía a que fueran las constituciones locales y leyes secundarias donde se hiciera este reconocimiento. Otro punto de desacuerdo fue que no se les reconoció a los pueblos el acceso a los recursos naturales considerados estratégicos —particularmente recursos del subsuelo— que se encuentran dentro de las tierras o territorios indígenas. Más adelante surgieron otros motivos para rechazar la reforma, uno importante fue que el reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos no quedó ni siquiera aproximado a lo que el Convenio 169 de la OIT establecía.

La reforma de 2001, pese a que claramente significó un avance legislativo, dejó insatisfecho al movimiento indígena que se posicionó políticamente en contra. Esto generó otro impase donde, a pesar de algunos avances legislativos en algunos estados, la Constitución se utilizó poco como un instrumento de defensa de las comunidades indígenas y de sus derechos colectivos. La situación cambiaría un poco más adelante, como enseña veremos.

6.4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Un giro muy importante y un tanto fortuito para el reconocimiento de los derechos colectivos indígenas provino de la reciente reforma constitucional al artículo 1 constitucional sobre derechos humanos (10 de junio de 2011). Esta reforma vino a cambiar drásticamente el marco normativo mexicano. Los tres primeros párrafos que se adicionaron establecen lo siguiente:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacio-

Los derechos colectivos indígenas en México...

nales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...].

En este artículo se sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos han llamado un nuevo “bloque de constitucionalidad”. El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación interpretativa de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la persona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza, a su vez, con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Derivado de un activo papel de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han emitido recomendaciones y sentencias condenatorias contra el Estado mexicano, la Suprema Corte mexicana (SCJN) asumió muchas de las observaciones realizadas por la Corte Interamericana. La SCJN, en alguna de sus resoluciones más importantes al respecto,³² dejó claro que del nuevo artículo 1 constitucional se desprendía una nueva

³² Me refiero particularmente al expediente Varios 912/2010, en el cual la Suprema Corte de Justicia acata la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla donde se emiten una serie de medidas dirigidas al poder judicial federal, consulta 3 de feb de 2016, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225>. Para un análisis a profundidad de la reforma constitucional y sus implicaciones puede verse Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 339-429.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

obligación para que los jueces federales llevaran a cabo un control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad de las leyes. Esto significa que los jueces federales están ahora obligados a llevar a cabo una evaluación cualitativa de la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas que sean aplicables al caso que tengan que resolver.

Con la reforma constitucional que nos ocupa y con este tipo de resoluciones de la Suprema Corte, México dio un paso firme en la consolidación de un sistema constitucionalista. Este cambio es de la mayor trascendencia, pues nos coloca bajo lo que algunos especialistas ven como un nuevo paradigma del derecho. Un sistema constitucionalista es aquel cuyo orden jurídico incorpora derechos fundamentales o derechos humanos; prevé la garantía jurisdiccional de la Constitución que desemboca en una efectiva imposición de la Constitución sobre la ley; reconoce fuerza vinculante a las normas constitucionales, debiéndose entonces interpretar todas las disposiciones como normas jurídicas aplicables que generan obligaciones a sus destinatarios; produce una sobreinterpretación de la Constitución, lo cual significa que se rechazan interpretaciones restrictivas y literales, y se favorecen interpretaciones extensivas; considera que las normas constitucionales son aplicables directamente; impone un modelo de interpretación de las leyes conforme a la Constitución, imponiendo la obligación a los jueces de descartar interpretaciones incompatibles con los derechos que consagra la Constitución; y produce una fuerte influencia de la Constitución en el debate y el proceso político.³³

Ahora los derechos humanos, sin importar si su origen es constitucional o que provengan de tratados internacionales suscritos por México, se considerarán normas y estándares del rango más alto al cual deberán ceñirse las interpretaciones de todas las normas y leyes secundarias. La reforma también implica que estos derechos pueden protegerse a través del juicio de amparo.

Para el tema que nos ocupa, la pregunta importante es si los derechos colectivos indígenas son o no derechos humanos. Como

³³ Aguiló Regla, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner Editor, 2008, pp. 13-14.

Los derechos colectivos indígenas en México...

habíamos mencionado, desde que este tipo de derechos comenzaron a ser reconocidos y discutidos en foros internacionales —especialmente los derechos colectivos que reconoció el Convenio 169 de la OIT—, se estaba pensando ya en que se trataba de una forma de desarrollo de los derechos humanos.³⁴

6.4.1. ¿Son derechos humanos los derechos colectivos indígenas?

Una cosa es admitir que la noción de los derechos humanos es ahora menos individualista, y otra que los derechos colectivos de los pueblos indígenas sean derechos humanos. Incluso aceptando lo anterior sobre los derechos humanos, la respuesta a la pregunta de si los derechos colectivos indígenas son derechos humanos todavía podría ser negativa. No pretenderé hacer una defensa a fondo de que efectivamente son derechos humanos. La cuestión merece sin duda un tratamiento mucho más profundo y detallado. Lo que haré es mostrar algunos argumentos dignos de tomarse en cuenta para defender esta posibilidad.

Desde la década de los ochenta, las concepciones comunitaristas comenzaron a dirigir ataques a las teorías liberales, uno de sus focos de crítica fue la concepción individualista de los derechos. Básicamente, las críticas consistían en sostener que cuando se invocan derechos, se asume una concepción individualista de la persona, una concepción donde el individuo es competitivo, sin vínculos sociales específicos, cuya identidad es independiente de los demás y de la sociedad en que vive, que no tiene deberes de asistencia y ayuda hacia los demás. Esta idea

³⁴ También fueron muchos los que sostuvieron la tesis de que con este tipo de derechos se estaba inflando demasiado el discurso de los derechos humanos y con ello perdiendo la importancia que debería tener. La tesis de la inflación de los derechos humanos ha sido muy socorrida por liberales que se han negado a aceptar derechos más igualitarios y menos individualistas. Para una discusión de esta tesis véase Cruz Parceró, Juan Antonio, “El debate sobre el abuso del concepto de derechos humanos”, en Ortiz Millán, Gustavo y Cruz Parceró, Juan Antonio (comps.), *Leguaje, mente y moralidad. Ensayos en homenaje a Mark Platts*, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas-UNAM, 2015, pp. 165-185.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

hobbesiana de la persona hace que los lazos sociales que son esenciales para determinar la personalidad sean negados, se afirma a un individuo desvinculado, atomizado. Los comunitaristas sostuvieron que la función de los derechos era proteger intereses individuales que de alguna forma quedaban distorsionados por la concepción atomizada que suponían. En una comunidad, sostenían, los individuos no tienen intereses diferentes al resto, no hay adversarios sino intereses comunes. Pese a que algunos representantes destacados del comunitarismo rechazaban el lenguaje de los derechos por ser individualista, otros pensaban que ese individualismo podía atenuarse reconociendo derechos a las mismas comunidades.

En las décadas siguientes se produjo un interés muy grande dentro del ámbito de la filosofía política y jurídica por atender el tema de los derechos de las minorías étnicas y pueblos indígenas. El punto de inicio fue precisamente la crítica a la teoría liberal que no había puesto interés en el tema del pluralismo cultural y el nacionalismo. Los derechos de minorías o derechos de colectividades comenzaron a entenderse como una forma de legitimar una serie de demandas de grupos minoritarios dentro del Estado nacional, centrándose en las condiciones normativamente requeridas para alcanzar la justicia y la democracia en sociedades cultural y étnicamente diferenciadas. La identidad cultural y étnica aparecía así relacionada con la libertad y autonomía del individuo que no puede ser escindido de la sociedad en que nace y vive. El reconocimiento de ciertos derechos colectivos ayudaría a promover la igualdad y equidad de los grupos desaventajados, excluidos y discriminados en Estados multiculturales. Estos derechos contribuirían también a disminuir y contrarrestar el impacto homogeneizador que la globalización económica ejerce sobre la diversidad cultural en todo el mundo. Este discurso comenzó a impactar en la evolución de la noción de los derechos humanos.

El discurso de los derechos humanos comenzó primero reconociendo derechos de individuos que pertenecían a minorías culturales, religiosas y/o étnicas, luego reconociendo ciertos derechos colectivos de los pueblos, como lo hizo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), que reconoció en su artículo 27 lo siguiente:

Los derechos colectivos indígenas en México...

Art. 27. En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Este Pacto Internacional preveía también el derecho a la libre determinación de los pueblos en su artículo 1.1:

Art. 1.1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

Todavía no se estaba pensando en el derecho de los pueblos indígenas, pero sí en algunos problemas étnicos y religiosos en el marco de los conflictos poscolonialistas. Sin duda, este que es uno de los tratados más importantes en materia de derechos humanos ya contemplaba la idea —todavía no suficientemente desarrollada— de los derechos colectivos de los pueblos como derechos humanos. Sin embargo, era el inicio del desarrollo de varios instrumentos y documentos en materia de derechos humanos que se refieren a los derechos de los pueblos indígenas. Antes destacamos la importancia del Convenio 169 de la OIT y a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es pues un hecho incontestable que el discurso internacional de los derechos humanos ha aceptado que existen ciertos derechos colectivos de los pueblos indígenas.

No deja, empero, de ser cierto que se trata de derechos altamente controvertidos. Su acomodo dentro de las teorías liberales de los derechos, que siguen dominando en las explicaciones sobre el concepto de derechos humanos, sigue siendo motivo de discusiones teóricas. El que los derechos colectivos sean o no derechos humanos, es pues, algo más que un hecho jurídico, es decir, un aspecto que va más allá de que los legisladores internacionales —y también locales— reconozcan o no los derechos colectivos como derechos humanos. Es una cuestión que depende de que existan fundamentos morales adecuados, el mismo tipo de fundamentos que justifican los otros derechos humanos.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Los derechos colectivos de comunidades indígenas que resultan más polémicos son los que Nickel³⁵ llamaba derechos de autonomía. Los derechos de seguridad no resultan cuestionables como derechos humanos y han sido ampliamente reconocidos. Las otras dos categorías de derechos, los de representación, pero especialmente, los de autonomía son los que generan más controversias, dado que su ejercicio puede vulnerar y suele vulnerar derechos humanos de miembros de la comunidad. Las mujeres suelen ser víctimas de tradiciones comunitarias que las excluyen de la participación y la educación; que limitan su libertad y autonomía, y que las somete a formas y roles subordinados cuando no degradantes. Es por este tipo de razones que suelen tenerse reticencias para considerar como derechos humanos los derechos de autonomía o autogobierno.

Sin embargo, no es difícil librar estas objeciones. Si entendemos que los derechos de autonomía, para ser considerados como un tipo de derechos humanos tienen que entenderse de manera integral con los derechos humanos individuales, y que esto no supone entonces ningún tipo de subordinación absoluta de los otros derechos a los intereses de la comunidad, entonces su estatus de derechos humanos dependerá de las posibilidades de ejercerlos respetando los demás derechos. Esto no significa que no puedan plantearse situaciones de conflicto entre derechos humanos individuales y colectivos, donde estos últimos resulten triunfadores. Es un hecho para todos los derechos humanos el que puedan ocurrir situaciones de confrontación —siempre en casos particulares— de donde resulte que alguno(s) tenga(n) que prevalecer sobre otro(s).

El conflicto potencial con otros derechos no puede negarle el estatus de derechos humanos a los derechos colectivos. Tal estatus depende de las posibilidades de ofrecer razones morales poderosas en favor de los intereses colectivos que esgrima una comunidad, y que puedan justificar la imposición de deberes sobre otros sujetos individuales, frente al Estado o incluso frente a organismos internacionales.

³⁵ Nickel, James W., *op. cit.*

Los derechos colectivos indígenas en México...

Joseph Raz ha intentado construir un argumento para justificar moralmente los derechos colectivos, especialmente el derecho a la autodeterminación de los pueblos que, como vimos, es uno de los casos más controvertidos.³⁶ Los argumentos de Raz se basan en valores propios del liberalismo, como lo son la libertad y la autonomía, por lo que su teoría es, en última instancia, de corte liberal. Su argumento es importante porque, dado que las teorías liberales son las que suelen negar que haya derechos colectivos o que estos puedan ser derechos humanos, bastaría mostrar que desde las mismas coordenadas liberales las razones que justifican los derechos humanos individuales también sirven para justificar un derecho colectivo como el de autodeterminación de los pueblos.

Raz parte de señalar el error de los liberales de creer que la autonomía individual depende solamente del derecho a no ser coaccionado. La autonomía como valor último está relacionada también con las instituciones y prácticas sociales. La provisión de bienes colectivos es constitutiva de la posibilidad de autonomía y no puede minimizarse este hecho. La autonomía no se alcanzaría sin la protección de bienes colectivos.³⁷ Tanto los derechos individuales como los colectivos pueden depender o estar relacionados de modo estrecho con bienes colectivos. La libertad de expresión o el derecho a no ser discriminado, por ejemplo, están vinculados con un bien común que consiste en vivir en una sociedad abierta y tolerante, en una sociedad informada y plural.

El argumento de Raz no afirma que cualquier comunidad pueda tener una justificación moral para tener un derecho a la autodeterminación, sino que solamente la tienen ciertas comunidades o pueblos que llama “grupos abarcantes” (*encompassing groups*), que son aquellos que comparten una cultura que com-

³⁶ Raz, Joseph, *The Morality Of Freedom*, Oxford, Clarendon, 1988; Margalit, Avishai y Raz, Joseph, “National Self-Determination”, *The Journal of Philosophy*, s.p.i., vol. LXXXVII, núm. 9, septiembre, 1990, pp. 439-461. Este trabajo se reeditó en Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 79-92. Aquí citamos esta versión. También hay traducción de Jesús Casquette y Ana Laura Nettel: “Autodeterminación nacional”, en *Inguruak*, núm. 19, 1997, pp. 9-35.

³⁷ Raz, Joseph, *op. cit.*, p. 207.

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

prende aspectos significativos de la vida de sus miembros, una cultura penetrante (*pervasive*), donde sus integrantes son marcados por dicha cultura. El derecho a la autodeterminación se funda entonces en que el autogobierno es importante para el bienestar individual de los miembros de la comunidad, donde la prosperidad de su cultura es un elemento de dicho bienestar, donde si esta cultura decae, es perseguida o proscrita, afecta el bienestar de sus miembros, y donde la dignidad y el autorrespeto requieren que los grupos sean respetados. Los argumentos morales que puede haber en favor del autogobierno no recaen en su valor intrínseco, pues claramente puede haber gobiernos perniciosos; los valores como la autonomía individual pueden justificar moralmente la autonomía del grupo en tanto contribuye a preservar los valores del individuo.³⁸

Esto significaría que los derechos colectivos pueden tener una conexión estrecha con la protección de la autonomía y el bienestar individual, si esto es así, dependerá no de una cuestión formal, sino del hecho de que así suceda; y cuando fuere el caso, tal derecho tendrá una justificación moral semejante a la que tienen otros derechos humanos. En esos casos, los derechos colectivos pueden ser considerados legítimamente como derechos humanos y, por tanto, su alcance, ejercicio y protección dependerán de hasta dónde otros derechos individuales de este tipo —u otros derechos colectivos— puedan marcarle límites.

Hay que decir que desde otros marcos conceptuales de tipo comunitarista, donde a la existencia misma de una comunidad se le atribuye un valor intrínseco, es más sencillo aceptar la idea de que los derechos colectivos son derechos humanos. Esta vía aquí no la quiero explorar, dado que quienes objetan esta concepción parten de negarle valor intrínseco a una comunidad. El argumento que hemos esbozado parte de la idea de que las comunidades no poseen un valor intrínseco, y que son los mismos valores que fundan los derechos humanos individuales en una visión liberal, los que también pueden fundar los derechos humanos colectivos.

³⁸ *Ibidem*, pp. 85-88.

Los derechos colectivos indígenas en México...

6.4.2. Consecuencias

Si los derechos colectivos indígenas —como el derecho a la autodeterminación o a la autonomía— son entonces derechos humanos, la consecuencia de ello es muy importante dentro de nuestro sistema de derechos constitucionales a la luz de la reforma constitucional de 2011 y las resoluciones de la Suprema Corte en asuntos posteriores, que reconocen que los derechos humanos de fuente internacional están al mismo nivel que los derechos humanos constitucionales.

Tenemos ahora un marco constitucional de derechos, tanto de los pueblos indígenas como de las personas indígenas, integrado principalmente por los derechos del artículo 2 constitucional (2001) y por los derechos del Convenio 169 de la OIT (1990). El considerar los derechos colectivos de este convenio internacional, al mismo nivel que los derechos del artículo 2 de la Constitución, viene a transformar de forma importante los alcances normativos de estos derechos. Otra fuente importante, aunque no tiene carácter de tratado, que serviría de marco de referencia e interpretación de estos derechos es la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (2007).

El futuro del desarrollo y aplicación de este marco no es una situación que podamos prever. Algunos especialistas han hecho ver cuán difícil ha resultado para las comunidades y pueblos la defensa de sus derechos.³⁹ Hay que aceptar que no son derechos bien vistos y aceptados por todos, la misma reforma al artículo 2 constitucional para muchos no fue satisfactoria por considerar que darle entrada a los derechos colectivos era contrario al carácter liberal de la Constitución. Sin embargo, si analizamos

³⁹ Véase para el caso México: Gómez Rivera, María Magdalena, “La Suprema Corte de Justicia y los pueblos indígenas: tendencias y desafíos frente al nuevo paradigma de derechos humanos”, en *Los pueblos indígenas y la Constitución de 1917: una revalorización del pasado hacia el presente*, Comisión Organizadora del Poder Judicial de la Federación para los Festejos del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México-SCJN, 2015. pp. 595-699; Sierra, María Teresa, “La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad”, Digital repository [en línea], University of Texas Libraries, 2007, consulta 4 may 2015, disponible en *repositories.lib.utexas.edu*

HACIA UNA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

estos cambios en una dimensión histórica, podemos apreciar con claridad que las transformaciones de las últimas décadas han ido de la mano de cambios en la forma de pensar y teorizar los derechos humanos, y en importantes cambios institucionales a nivel internacional. Los derechos indígenas están ubicados hoy día en el nivel más alto del sistema de derechos constitucionales y en el sistema internacional de los derechos humanos.

Ciertamente, si estos derechos no se respetan, se protegen y se aplican, su valor no pasará de ser meramente simbólico. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurrió en 1917 con la entonces nueva Constitución, los pueblos indígenas tienen hoy un arma que antes no tenían y que difícilmente alguien hubiera podido imaginar. A diferencia de los años ochenta del siglo xx, los derechos indígenas ya no son solo un discurso que legitima sus luchas, están en el nivel más alto del sistema de derechos humanos constitucionales, que forma parte tanto de un umbral de moralidad como de un sistema institucional. Hay que destacarlo, hoy se puede echar mano de este sistema sin esperar que el gobierno asuma una actitud paternalista. El Estado, desde luego, tiene deberes y responsabilidades que ha adquirido al promulgar las normas constitucionales, suscribiendo tratados y apoyando la Declaración de 2007, es importante que esas responsabilidades y obligaciones se sepan exigir y hacer efectivas.

La situación de injusticia, exclusión, discriminación, marginación y violencia que viven los indígenas del país es compartida por millones de mexicanos no indígenas, pero son aquellos los que históricamente han permanecido en esta situación. El texto constitucional reconoce y protege los derechos de los indígenas y sus pueblos, pero falta mucho por lograr que las normas escritas sean parte de una Constitución viva del Estado mexicano. Las instituciones tienen una enorme responsabilidad para lograr que así sea; los jueces, tribunales y la Suprema Corte tienen especialmente el deber de reconocer estos derechos como derechos de la más alta jerarquía, de aplicarlos y de interpretar las leyes de conformidad con ellos.

Algo importante que nos muestra la historia de la Constitución es que después de la Revolución, se intentó hacerle justicia a los grupos campesinos oprimidos a través de la redistribución

Los derechos colectivos indígenas en México...

de la tierra —cuya posesión implicaba una forma de riqueza— que consagró el artículo 27 constitucional. Este proyecto agrario, pese a llevarse a cabo durante varias décadas, no logró consumar su aspiración de hacer más igualitario al país, la tierra agrícola dejó de tener valor. El progreso y crecimiento que se dio se debió más al auge de la industria petrolera y la electricidad, que estuvieron en manos del Estado, mientras que otras fuentes de riqueza, como la industria minera, han estado en manos de particulares. Hoy la lucha por las tierras y territorios de los pueblos indígenas se presenta como una lucha defensiva para preservarlos, como una lucha para exigir su derecho a poder participar de la riqueza que está en las tierras que habitan, pero a la que se les niega el acceso; una lucha por su derecho a ser consultados y poder participar en los programas de desarrollo y en el aprovechamiento de los recursos naturales que ahora se extraen de esas tierras sin que ellos participen.

Hoy los derechos colectivos de los grupos indígenas están reconocidos en la Constitución y aunque para algunos grupos todavía resta explicitar y delinear mejor algunos aspectos de este reconocimiento constitucional, lo más difícil ahora consiste en lograr que tales derechos se cumplan y se respeten. Este reto no solo es de los grupos indígenas, es el reto de todos los mexicanos que tenemos que luchar porque *todos* los derechos humanos se hagan valer.