

# Los desafíos del derecho indígena en México

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO  
Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ  
*Coordinadores*



Universidad Nacional Autónoma de México  
Instituto de Investigaciones Jurídicas

# LOS DESAFÍOS DEL DERECHO INDÍGENA EN MÉXICO

# INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 366

---

## COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero

*Secretario Técnico*

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho

*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Isidro Saucedo

*Cuidado de la edición y formación en computadora*

Edith Aguilar Gálvez

*Elaboración de portada*

# LOS DESAFÍOS DEL DERECHO INDÍGENA EN MÉXICO

JUAN MANUEL ORTEGA MALDONADO  
NANCY JAZMÍN PÉREZ RAMÍREZ  
*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
México, 2022

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio  
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 18 de febrero de 2022

DR © 2022. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN en trámite

## CONTENIDO

|                                                                                                                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Prólogo .....                                                                                                                                                 | 1   |
| Juan Manuel ORTEGA MALDONADO                                                                                                                                  |     |
| La autodeterminación presupuestaria y tributaria de los pueblos y comunidades indígenas en México. ....                                                       | 17  |
| Juan Manuel ORTEGA MALDONADO                                                                                                                                  |     |
| Patrimonio indígena y propiedad intelectual. Reflexiones desde una perspectiva colectiva .....                                                                | 55  |
| Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ                                                                                                                                    |     |
| Proyectos de desarrollo y derecho a la consulta de las comunidades indígenas en Morelos .....                                                                 | 89  |
| Carolina AGUILAR RAMOS                                                                                                                                        |     |
| <i>Lhaka Honhat vs. Argentina</i> : análisis en el marco del reconocimiento jurisprudencial del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas ..... | 119 |
| Lizeth Juliana GARCÍA ATRA                                                                                                                                    |     |

## PRÓLOGO

El 13 de junio de 2019, apareció en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la convocatoria al proceso de “Consulta libre, previa e informada para la reforma constitucional y legal sobre derechos de los pueblos indígenas y afromexicano”. Desde entonces, tal propuesta ha venido perfeccionándose, creándose una “Iniciativa de Reforma Constitucional” que ha sido publicada en la página electrónica del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas el 27 de julio de 2021.

El anteproyecto resulta por demás interesante, entre otros motivos porque restablece derechos aprobados en los Acuerdos de San Andrés Larráinzar de febrero de 1996, muchos de los cuales no fueron incorporados en la reforma constitucional de 2001.

El objetivo de esta obra será entonces replantear algunos de esos derechos olvidados, bajo un marco jurídico distinto al imperante en aquel entonces y con una perspectiva diferente sobre la cual se discutieron estos temas hace 20 años. En efecto, los participantes de la obra estamos convencidos de la necesidad de rotar el eje de cómo deben verse y analizarse los sistemas normativos indígenas hoy día.

El dar con una explicación a las preguntas que cada uno de los autores de esta obra nos hemos planteado, nos impide inscribirnos en un enfoque teórico exclusivo de las ciencias sociales y jurídicas. Antes bien, la complejidad de estos fenómenos, así como el replanteamiento que debe hacerse sobre el Estado-nación hoy día en tiempos de globalización, limitan mantener un enfoque restringido y unilateral.

Esto obliga entonces a soportar nuestras investigaciones en un referente teórico amplio para ofrecer una explicación a los

problemas que se plantean. Las principales teorías y conceptos son los siguientes: *a)* la globalización y su incidencia sobre los pueblos indígenas; *b)* la teoría del Estado-nación; *c)* la teoría del pluralismo jurídico; *d)* la posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) frente a los pueblos indígenas, y *e)* las reformas constitucionales de 2001, 2011 y posiblemente de 2021-2022. Trataremos de explicarlos en forma muy sucinta.

### 1. *La globalización y su incidencia sobre los pueblos indígenas*

El proceso de globalización afecta a todos los fenómenos sociales, pero independientemente a ello es evidente que tiene su base en procesos económicos propiciados por los países desarrollados y muy destacadamente por las empresas transnacionales.

Frente a esta nueva realidad, todos los países han debido transformar sus estructuras económicas, políticas y jurídicas, reconvirtiéndolas hacia la desregulación para —según esta postura— aumentar el crecimiento económico.

Este complejo entramado de asuntos obliga a aceptar ciertos conceptos que lo analicen y expliquen. Aceptamos en este sentido la postura de Boaventura de Sousa Santos, para quien la globalización se expresaría de cuatro formas distintas: 1) localismo globalizado; 2) globalismo localizado; 3) cosmopolitismo, y 4) herencia común de la humanidad.<sup>1</sup>

La primera la entiende como un proceso por medio del cual un fenómeno local dado es globalizado con éxito. Un ejemplo es el idioma inglés, que ahora impera en el mundo y que ha orillado a las lenguas indígenas a quedar en un tercer plano en la enseñanza básica para los niños(as) indígenas.

---

<sup>1</sup> Sousa Santos, Boaventura de, *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Colombia, Instituto Alternativo de Servicios Legales y Profesionales, 2002, pp. 57-60.

La segunda consiste en el impacto de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales, que son desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a dichos imperativos. Como ejemplo, la exigencia de cumplimiento de estándares específicos en derechos humanos o de implementación del modelo democrático que deben respetar también los grupos indígenas.

La tercera, el cosmopolitismo, en palabras del propio autor “...no es más que el establecimiento de una red de luchas locales progresistas, con el fin de maximizar su potencial emancipador *in locu* a través de conexiones traslocales/locales”,<sup>2</sup> en esa línea pueden incluirse los grupos indígenas y sus demandas sociales.

La cuarta y última forma de globalización, la herencia común de la humanidad, son temas globales que han sido considerados esenciales para la supervivencia de la sociedad humana o para su desarrollo adecuado, como los recursos ambientales en posesión de los grupos indígenas.

Ahora bien, siguiendo a Castrillón Orrego,<sup>3</sup> podemos afirmar que este proceso globalizante ha tenido un efecto directo y profundo en el ámbito jurídico, de modo que es posible apuntar las distintas formas de cómo el derecho encara estas situaciones. Aludiremos entonces de manera muy resumida a los siguientes conceptos: derecho estatal transnacionalizado, derecho de la integración regional, *lex mercatoria*, derecho de la gente en movimiento, derecho infraestatal transnacionalizado, derecho cosmopolita y *jus humanitas*.

El primer punto, es decir el derecho estatal transnacionalizado, implica las transformaciones jurídicas que un Estado realiza derivada de las presiones internacionales de otros Estados o entes internacionales. El derecho estatal de la integración parece más claro. Se trata de formar Estados supranacionales a partir de po-

---

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>3</sup> Castrillón Orrego, Juan Diego, *Globalización y derechos indígenas. El caso de Colombia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 36-38.

líticas económicas comunes. La *lex mercatoria*, por su parte, conlleva contratos y acuerdos internacionales con mecanismos especiales en materia económica y mercantil. A su vez, el derecho de la gente en movimiento consiste en las nuevas reflexiones jurídicas que se presentan por los traslados migratorios como consecuencia de la precaria situación en que se hallan diversos colectivos en sus países de origen.

El derecho infraestatal transnacionalizado llamó nuestra atención, pues por medio de él se están logrando colocar las demandas de los pueblos indígenas en la mesa de la globalización. Son reglas que reivindican los derechos colectivos de esos grupos vulnerables, que hoy más que nunca ven amenazada su existencia.

Por su parte, el derecho cosmopolita tiene como objetivo que el discurso de los derechos humanos logre permear en todos los ámbitos sociales, económicos y políticos, superando la visión individualista que la globalización postula. Afortunadamente se ha logrado crear el sistema internacional de los derechos humanos que ha colocado estándares básicos en el concierto internacional y nacional. Finalmente, el derecho humanitario o *jus humanitas* es un movimiento jurídico que tiene como objeto de protección a la humanidad misma, así como al medio natural y cultural donde se desenvuelve.

Debemos subrayar que estas manifestaciones jurídicas que han surgido como efecto de la globalización no actúan en forma independiente, sino que se conectan y mantienen vínculos estrechos. Sin embargo, para nuestro estudio debemos tener muy presentes el derecho infraestatal globalizado y el derecho cosmopolita, pues son estos instrumentos jurídicos los que mayor incidencia tienen sobre los asuntos indígenas. Son estas expresiones jurídicas las que han logrado mantener (fines del siglo XX) y luego impulsar (siglo XXI) las propuestas de autodeterminación indígena.

## 2. *La teoría del Estado-nación*

El nacionalismo es una creación política de Europa y es tomado en los países latinoamericanos como un excelente pretexto para la independencia de las “nuevas naciones”. Sin embargo, ese nacionalismo étnico y lingüístico fue creación de aquellos que escribían el español y de tez blanca, pero no de quienes habitaban el continente antes de la conquista y que eran de piel morena.

Este proceso de “nacionalismo” mexicano, colombiano, peruano, etcétera, se fortaleció en el siglo XIX de la mano del movimiento constitucional liberal que garantizaba al ciudadano (individuo) el disfrute de libertades fundamentales. Los pueblos indígenas, por supuesto, no son reconocidos como sujetos jurídicos, sino como sujetos pasivos de las políticas y acciones del gobierno. Es aquí donde se diseña e institucionaliza el Estado monocultural que conocemos (la religión católica, el castellano como lengua oficial, la representación política, el sistema jurídico, etcétera). Se consolidó así, la idea de asimilar y fundir los conceptos de Estado y nación.

Esta explicación teórica es la que justificó la negativa a reconocer en forma profunda los derechos de los pueblos indígenas después de la revolución zapatista de 1994 en México. Los problemas indígenas se subestimaron a tal punto que se consideraban supervivencias del pasado que se podían controlar con políticas públicas concretas. Eso fue lo que se hizo en realidad al redactar la reforma del artículo 2o. constitucional en 2001.

El constitucionalismo basado en un ciudadano asexuado, sin origen social, cultural e ideológico —en suma, el constitucionalismo liberal— empieza a dar paso a un constitucionalismo moderno (2011) cuyo discurso gira alrededor de los derechos humanos y, por lo mismo, de nuevos actores: niños, mujeres, trabajadores y pueblos indígenas, entre otros.

### 3. *La teoría del pluralismo jurídico*

Si bien dijimos que el binomio Estado-nación es producto de un proceso histórico, también lo es el trinomio Estado-nación-derecho. Cuando el constitucionalismo liberal del siglo XIX institucionaliza la idea de un solo Estado para una sola nación, también estaba postulando que a ese Estado-nación le correspondía un solo sistema jurídico. Hablar de varios sistemas jurídicos dentro del territorio del Estado era incongruente dentro de la teoría del Estado liberal.

La consecuencia más importante de esta teoría unitaria del derecho es que su única fuente es el Estado. Es decir, el único derecho reconocido es el que el Estado crea o permite aplicar. Ello, claro está, deja fuera a los sistemas normativos indígenas propios.

Fue Carlos Marx quien inicialmente postula la idea de que todas las sociedades se conforman de una infraestructura económica y de una superestructura jurídica, y Max Weber después establece que la única forma de legitimar al Estado es creando y aplicando el derecho. Esto refuerza la idea de que el único derecho posible en el territorio de un Estado es el derecho que éste aprueba.

A pesar de ello, desde la sociología y la antropología se ha reconocido que el derecho del Estado no es el único que puede normativizar todas las relaciones sociales dentro de un territorio, sino que hay otras fuentes que pueden ser incluso más eficaces en ciertos contextos, por lo que debe reconocerse la existencia de un *pluralismo jurídico*. Visto de esta forma, no debe quedar duda que el derecho del Estado es, antes que otra cosa, un credo político y que la realidad empírica sostiene y refuerza la idea de un pluralismo jurídico.

La propuesta de reforma constitucional de 2021 en materia indígena reconoce expresamente la existencia de un pluralismo jurídico y eso intentamos subrayar en esta obra.

#### *4. La posición de la SCJN frente a los pueblos indígenas*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) no es ajena a esta transformación en materia indígena. De hecho, podemos considerar que ha sido un actor fundamental para apuntalar este cambio.

En efecto, después de la reforma al artículo 2o. constitucional en materia indígena de 2001, la Corte no ha hecho más que abrir nuevos derroteros y espacios de reflexión.

Así, cuando se le planteó la posibilidad de que pudieran existir traductores prácticos en sustitución de peritos traductores, en procesos penales donde estaba inmiscuido un indígena, la Corte estableció los parámetros bajo los cuales se podía permitir tal proceder (1a./J. 86/2013 (10a.))

También ha reconocido la amplitud con la que debe entenderse el concepto de indígena para efectos del artículo 2o. constitucional (1a./J. 114/2013 (10a.))

En uno de los más recientes pronunciamientos, la Corte estableció que la Constitución individualiza a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos diferenciados para establecerlos como beneficiarios de un tipo especial de concesión y de medidas para remediar la discriminación que han sufrido, tanto en las condiciones de adquisición como de operación de las concesiones sobre el espectro radioeléctrico, por tanto, es inconstitucional que la ley someta a estos grupos a reglas que no reconozcan su diferencia (1a. XXVI/2021 (10a.))

Del mismo modo, se ha sentenciado que para tener por acreditada la representación de una comunidad indígena en el juicio de amparo, el juez debe mantener un criterio abierto sobre los medios de prueba que pueden darse (II.3o.A.1 CS (10a.))

Particular énfasis ha puesto la Corte al dar cobertura al derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas respecto de proyectos administrativos y legislativos que puedan afectarlos (XXVII.3o.19 CS (10a.) y XXVII.3o.20 CS (10a.))

El reconocimiento expreso del pluralismo jurídico en México ha sido también materia de discusión en la Corte, al grado de considerar su existencia, como se refleja en la tesis 1a. CCXC-VI/2018 (10a.) en la que se expresó:

...la exigencia prevista en la fracción VIII del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos implica el reconocimiento de la multiculturalidad que caracteriza a la nación mexicana y, por tanto, de la existencia y vigencia de distintos sistemas normativos dentro del territorio nacional: un sistema normativo conformado por las disposiciones jurídicas nacionales e internacionales del Estado central, y otro conformado por los usos y costumbres de los distintos pueblos y comunidades que habitan nuestro país, los cuales incluso podrían estimarse simultáneamente aplicables para el caso de las personas, pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con su especificidad cultural y particular pertenencia étnica...

En otra interesante tesis, la Corte trató de resolver el conflicto que implica la aplicabilidad del derecho consuetudinario indígena, en relación con los derechos humanos. Por su importancia nos permitiremos transcribirla:

De acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en principio, serán inaplicables las normas de derecho consuetudinario indígena que atenten directamente contra los derechos humanos que pertenecen al dominio del *ius cogens*, como la tortura, la desaparición forzada, la esclavitud y la discriminación, así como las reglas que eliminen definitivamente las posibilidades de acceder a la justicia, sin que esto impida que se añada al contenido y alcance de estos derechos y al significado de estas conductas una interpretación culturalmente incluyente. En materia de igualdad y no discriminación, la aplicación de los usos y costumbres indígenas no puede ser una excusa para intensificar la opresión, incluso al interior de las comunidades indígenas, de aquellos miembros tradicionalmente excluidos, como mujeres, niños y niñas o personas con discapacidad, entre otros

colectivos históricamente desaventajados. Esto ocurre, por ejemplo, en el caso de la protección frente a la violencia contra las mujeres, como causa y consecuencia del derecho a la igualdad y a la no discriminación, donde las costumbres culturales no pueden justificar dichas prácticas, y respecto de las cuales la comunidad no podrá escudarse en el pluralismo jurídico para legitimarlas; sin embargo, parece razonable considerar que algunos derechos pueden limitarse legítimamente cuando su pleno ejercicio ponga en riesgo la existencia de la comunidad o la preservación de usos y costumbres que son esenciales para su sobrevivencia. Así, serían admisibles ciertas afectaciones a los derechos cuando su propósito fundamental sea preservar las particularidades culturales de la comunidad —incluida su visión del derecho y de los derechos— por ejemplo, a la propiedad colectiva, a las prácticas religiosas, o el uso de lenguaje tradicional, entre otros. En lo referente a la relación de las comunidades indígenas con otros miembros de la sociedad, respecto de los cuales se presenten conflictos, debe determinarse la legalidad de la afectación del derecho: si ésta tiene un objetivo legítimo en una sociedad multicultural y si la medida es necesaria en una sociedad democrática, lo que implica analizar si es adecuada para el fin que se busca y su proporcionalidad, sin desnaturalizar el derecho consuetudinario indígena, ni imponer limitaciones que impliquen el desconocimiento de la existencia de sociedades multiculturales, correspondiendo a la autoridad judicial que conozca del caso concreto decidir, en consideración de la calidad de indígenas o no de las personas involucradas y del sistema normativo debidamente documentado, de vigencia y observancia general dentro del pueblo al que se autoadscribe la persona indígena, la norma que resulte aplicable de acuerdo con los principios hermenéuticos contenidos en la Constitución y en estricto apego al régimen constitucional de protección, respeto y garantía de los derechos humanos.

Pero la función de la Corte ha ido más allá de sólo interpretar el artículo 2o. constitucional, pues ha introducido conceptos nuevos para hacer posible su aplicación, como el de “interpretación culturalmente sensible”. Lo ha dicho en estos términos:

Una interpretación culturalmente sensible resulta de considerar el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y sus particularidades culturales al momento de interpretar o definir el contenido de sus derechos a partir de un diálogo intercultural, siendo ésta la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación.

### *5. Las reformas constitucionales de 2001, 2011 y posiblemente 2021-2022*

No es el espacio adecuado para describir el proceso de reforma constitucional del artículo 2o. en materia indígena realizada en 2001. Basta decir que fue insuficiente y únicamente constituyó un instrumento político para desarmar y deslegitimar cualquier movimiento social en favor de mayor autonomía indígena.

En cambio, la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, sí que fue un verdadero cambio constitucional, de tal envergadura que podríamos sostener que la Constitución mexicana es otra y se encuentra a la par de otras tantas en Latinoamérica en materia de derechos humanos. Pero todavía hay un gran pendiente: la materia indígena. La Constitución mexicana sigue sin reconocer una verdadera autonomía de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes.

Pero estas incongruentes situaciones parecen empezar a cambiar. Nos referimos a la propuesta de reforma constitucional de 2021 en materia indígena, cuyos postulados básicos son los siguientes:

1. Reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho público (artículos 2o., párrafo séptimo; apartado A, último párrafo, y 115-III, párrafo cuarto).
2. Libre determinación y autonomía en sus distintos niveles y ámbitos.

3. Derechos de las mujeres indígenas.
4. Derechos de la niñez, adolescencia, juventud indígenas y migrantes.
5. Pueblo afroamericano y reconocimiento de sus derechos fundamentales.
6. Tierras, territorio, recursos, biodiversidad y medio ambiente de los pueblos indígenas.
7. Sistemas normativos indígenas, coordinación con el sistema jurídico nacional y acceso a la jurisdicción del Estado.
8. Participación y representación de los pueblos indígenas en las instancias de decisión nacional, de las entidades federativas y municipales.
9. Consulta libre, previa e informada.
10. Patrimonio cultural, conocimientos tradicionales y la propiedad intelectual colectiva.
11. Educación comunitaria, indígena e intercultural.
12. Salud y medicina tradicional.
13. Comunicación indígena, comunitaria e intercultural.
14. Desarrollo integral, intercultural y sostenible, soberanía y autosuficiencia alimentaria.
15. Migración indígena, jornaleros agrícolas y población indígena en contextos urbanos y transfronterizos.
16. Nueva relación del Estado con los pueblos indígenas y reforma institucional.

Teniendo como marco teórico y conceptual lo antes referido podemos ya describir el contenido de esta obra.

Estamos conscientes de que no existe un “derecho indígena” sino “sistemas normativos indígenas”, integrados por costumbres, usos, prácticas y tradiciones, ajenos a una comprensión positivista del derecho compuesta por normas jurídicas y escasísimamente por la costumbre jurídica. En el mundo indígena, es la costumbre la fuente y base de todo el sistema normativo.

Entender la cosmovisión indígena no resulta nada fácil para quienes hemos abrevado de un sistema escrito y tenemos a la norma jurídica en un pedestal. Salvo alguna regulación del derecho agrario, nos es complicado entender una “propiedad social o comunitaria”; nos es incomprensible una relación simbiótica entre las personas y el medio ambiente, una “cosmovisión” indígena; nuestro entendimiento es escaso cuando nos enfrentamos a decisiones colectivas sin hacerlas constar en un acta circunstanciada; nos son ajenas las órdenes carentes de “fundamentación y motivación”, etcétera.

Todo ello puede resumirse afirmando que el derecho que conocemos y ejercemos no se adaptó a la realidad social, sino que se convirtió en un instrumento creador de una realidad deseada.

Teniendo como marco de referencia lo anterior, hemos decidido reflexionar tratando de entender esa cosmovisión indígena. La obra se integra por cuatro aportaciones de profesores interesados en esta problemática.

En la primera, el suscrito ofrece una visión sobre un tema que no he visto en México ni en Latinoamérica: *la autodeterminación presupuestaria y tributaria de los pueblos y comunidades indígenas*.

Tal vez para muchos lectores les será extraño escuchar expresiones como el “tequio”; sin embargo, en muchas comunidades indígenas en el estado de Oaxaca es muy común. La Constitución y la ley reglamentaria respectiva de ese estado la reconoce como un medio de contribución a la comunidad y le otorga efectos jurídicos.

En términos más claros, se trata de una contribución a la comunidad que no ha pasado por un proceso legislativo: ¿rompimiento del principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria que exigen que toda contribución deba estar prevista en ley? No lo creo. Estamos frente a un sistema normativo diferente y, en consecuencia, no puede medirse con parámetros jurídicos occidentales, pero ¿no acaso el artículo 2o. constitucional reza que las costumbres indígenas no pueden vulnerar derechos

humanos y el principio de reserva de ley en materia tributaria es una de sus garantías más preciadas?<sup>4</sup>

No quiero adelantar posiciones, sólo deseo en este prólogo invitar al lector a cavilar juntos sobre el tema, que, como se ve, resulta interesante. Por supuesto que ello no es debido a mi persona, sino a la materia misma que amerita una discusión profunda.

Después, la doctora Nancy Jazmín Pérez Ramírez —quien me hizo el favor de coordinar conmigo la obra— abre una nueva discusión igualmente atractiva. Un tema muy actual que incluso forma parte de su tesis doctoral “Derecho del patrimonio cultural indígena. Una nueva disciplina jurídica de la propiedad intelectual”. La profesora parte de preguntarse lo siguiente: ¿es viable proteger el patrimonio cultural inmaterial indígena a través del derecho de la propiedad intelectual, cuando esta disciplina tiene su origen en la defensa de la propiedad individual?

La autora describe la insuficiencia y las limitaciones que representa el derecho intelectual occidental vigente para amparar creaciones colectivas, es decir, creaciones que han sido originadas por todos y cada uno de los integrantes de una comunidad y no por un individuo identificable. Es el caso del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos y comunidades indígenas: vestimentas, cerámicas, músicas, canciones, danzas, medicinas, etcétera).

Estas restricciones del derecho de la propiedad intelectual —sostiene nuestra colega— hace necesario cavilar sobre la importancia de reconocer una nueva disciplina jurídica cuyos principios, regulación y objetivo estarían diseñados para dar cobertura a estas creaciones: el derecho del patrimonio cultural inmaterial indígena.

La profesora Pérez Ramírez desafía toda la doctrina nacional y extranjera sobre el particular, pues incluso sostiene que recién inicia la construcción de consensos en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

---

<sup>4</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, “LEGALIDAD TRIBUTARIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY”, tesis CXLVIII/97. t. VI, noviembre de 1997, p. 78.

En tercer lugar, la doctora Carolina Aguilar Ramos trae a la mesa de discusión un tema inacabado por todos los matices que ofrece; un asunto —o herida, digo yo— que sigue abierta. Me refiero a la obligada consulta a los pueblos indígenas cuando de grandes proyectos se trata. Titula su trabajo como “Proyectos de desarrollo y derecho a la consulta de las comunidades indígenas en el estado de Morelos”.

Este es, sin duda, un derecho básico de los pueblos y comunidades indígenas. La profesora de la Universidad del Valle de México, Campus Cuernavaca, nos conduce primero por los antecedentes de la consulta y seguidamente muestra los pormenores en dos casos concretos suscitados en el estado de Morelos: el “Proyecto Integral Morelos” y la “Ampliación de la Autopista en Tepoztlán”. Sostiene con tino la doctora Aguilar Ramos que estos estudios permiten comprender, desde una perspectiva práctica, el *status quo* de los supuestos académicos y legislativos en el tema.

El análisis de casos es una metodología que aplica con bastante claridad la autora. Pone de manifiesto las fallas de las autoridades en cuanto a las consultas realizadas en sendos casos; vicios o prácticas que empiezan a ser comunes para eludir las exigencias que la normatividad nacional e internacional han creado en torno a esta consulta, creada para proteger los derechos sobre la tierra y los recursos que tienen las comunidades y pueblos indígenas.

Por su parte, la maestra Lizeth Juliana García Atrá nos ofrece, en último lugar, un tema muy cercano al anterior: el análisis de una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*, en el que debió haberse discutido únicamente el derecho de propiedad de esa comunidad; sin embargo, la Corte extendió el debate sobre los derechos sociales y económicos. Lo anterior originó —en opinión de la autora— una verdadera “mutación jurisprudencial” al dar un giro de timón en la línea marcada por la Corte en tres precedentes anteriores.

La profesora colombiana —quien por cierto actualmente realiza su tesis doctoral sobre los sistemas normativos indígenas en México— es acuciosa en el estudio de los casos emitidos por la Corte. Nos recuerda que este alto tribunal americano había tenido avances importantes en el desarrollo del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas a partir de la interpretación del artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, pero este asunto lo relacionó también con la vulneración al artículo 26.

Si bien se pretendía la protección de estas poblaciones a través de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —concluye la autora— se desconocieron rasgos propios, singulares, específicos, especiales de los indígenas, equiparando su tratamiento al de la sociedad en general. Además, considera que se deslindaron las categorías pertenencia a un territorio, derechos culturales y ambientales cuando se agotó la sentencia en el artículo 26.

Es hora de recordar que este trabajo es producto de amplias discusiones en el seno de algunos cursos impartidos a nivel posgrado en materia indígena que todos nosotros compartimos.

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO  
Primavera de 2021

## LA AUTODETERMINACIÓN PRESUPUESTARIA Y TRIBUTARIA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS EN MÉXICO

Juan Manuel ORTEGA MALDONADO\*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *El aspecto constitucional*.  
III. *La autonomía de las comunidades indígenas*. IV. *La auto-  
nomía financiera y tributaria de las comunidades indígenas en  
Latinoamérica*. V. *Conclusiones*. VI. *Fuentes*.

RESUMEN: El objetivo de esta participación es determinar el grado de la autonomía financiera de los pueblos y comunidades indígenas en México que predica en su favor el artículo 2o. constitucional y las legislaciones estatales. Por cuanto a la metodología, primero señalaremos el marco teórico constitucional que establece las bases para que aquellas comunidades gocen de autonomía económica y financiera; posteriormente se contrastan los modelos jurídicos boliviano y colombiano con el mexicano sobre el mismo punto. El resultado muestra que poco se ha avanzado en este aspecto desde su inclusión en la Constitución federal y las Constituciones locales y que, además, debe construirse toda una normatividad que lo desarrolle con precisión. Por otro lado, cabe acotar que el estudio se limita a los aspectos financieros de los pueblos y las comunidades indígenas en México, es decir, los ingresos y presupuestos a que tendrían derecho en términos constitucionales y no a la generalidad de los aspectos económicos atribuidos a ellos. La originalidad del trabajo se desvela al revisar en la literatura nacional e internacional que no existe un abordaje de derecho comparado sobre el tema ni

---

\* Profesor investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UAEM.

estudios jurídico-financieros sobre el mismo. Las conclusiones son, por un lado, que la Constitución mexicana al igual que las legislaciones estatales han sido poco afortunadas a la hora de reconocer autonomía financiera y tributaria a favor de los pueblos y comunidades indígenas, y, por el otro, que el ejemplo boliviano debe hacernos reflexionar sobre la autonomía de estos derechos colectivos.

## I. INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas son un factor cuantitativo importante en algunos países latinoamericanos. Pero en pocos, esa presencia en particular es más que sólo un dato estadístico; es representativa y consustancial a su nacionalidad, pues constituye un porcentaje muy elevado de la población.

Así, en países como Bolivia, la comunidad indígena constituye el 41.52% de la población total; en Guatemala el 41% de la población se considera maya; en Perú lo es el 31%; en México es el 15.12%; en Panamá el 12.26%, en Nicaragua el 9%, en Ecuador 7.03%, en Honduras el 8.49%, Chile 4.6%, Uruguay, Colombia, Venezuela, Argentina y Costa Rica alrededor del 2% y Brasil 0.43%.<sup>1</sup>

En algunos de estos países, la confrontación permanente entre los gobiernos y los pueblos indígenas y sus organizaciones, producto de perspectivas diversas sobre su futuro desarrollo, ha derivado en serios conflictos y una profunda crisis social e institucional que, en el caso de Bolivia, puso en peligro la unidad na-

---

<sup>1</sup> Sistema de indicadores sociodemográficos de poblaciones y pueblos indígenas CELADE-División de Población de la CEPAL. Fondo Indígena. Datos estadísticos de 2010, consultados el 16 de diciembre de 2020 y recuperados en <https://redatam.org/redbin/RpWebEngine.exe/Portal?BASE=SIISPP>. Si bien Bolivia, Guatemala y Perú tienen un porcentaje más alto de la población indígena con relación a la población total del país, es México el país que concentra el mayor número de indígenas con casi 18 millones.

cional<sup>2</sup> y, en el caso de México, fue un factor decisivo para el replanteamiento de las relaciones entre los grupos indígenas y el gobierno,<sup>3</sup> en entidades federadas con alto porcentaje de grupos indígenas como Chiapas,<sup>4</sup> Oaxaca, Guerrero o la península de Yucatán.

En ambos casos —y en muchos otros existentes en los demás países— los temas centrales de la discusión giran en torno al alcance y los límites de la autonomía y autodeterminación indígena, que amenaza con desbordar el marco del Estado constitucional prevaleciente o, por lo menos, exige un diseño más propiamente “*latinoamericano*” y menos europeizante.

Mientras para los Estados la reivindicación de autonomía de los indígenas excede lo constitucionalmente posible, para los pueblos o comunidades indígenas, el grado de autodeterminación y

---

<sup>2</sup> En efecto, en 2006 se instala una Asamblea Constituyente para redactar una nueva Constitución. Tras una profunda crisis política que polariza el país, la Constitución Plurinacional es aprobada y posteriormente modificada por el Congreso y refrendada por la población en un referéndum.

<sup>3</sup> Así se desprende de la “Exposición de motivos” enviada por el Ejecutivo al Senado de la República el 7 de diciembre de 2000, en la que puede leerse lo siguiente: “En particular, debe subrayarse que la libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas —reconocidas en la redacción propuesta para el párrafo segundo del artículo 4o. constitucional—, se propone sin menoscabo de la soberanía nacional y siempre dentro del marco constitucional del Estado mexicano. La libre determinación no debe ser un elemento constitutivo para la creación de Estado dentro del Estado mexicano. La nación mexicana tiene una composición pluricultural, pero un solo Estado nacional soberano: el Estado mexicano. En este sentido, el principio propuesto de libre determinación de los pueblos indígenas debe leerse en consonancia con el contenido de los artículos 40 y 41 constitucionales, que establecen el carácter republicano, representativo y federal del Estado mexicano y que señalen los poderes supremos de nuestra Unión”.

<sup>4</sup> En 1994, en Chiapas se levantó en armas el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) como movimiento insurgente indígena para llamar la atención nacional e internacional sobre su pasmosa situación, tan es así, que su aparición pública coincidió con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y Canadá, logrando rápidamente un apoyo mayoritario de la sociedad mexicana e internacional.

autonomía en el reconocimiento de los derechos fundamentales que ofrece el Estado no es lo constitucionalmente deseable. El antagonismo de las posturas encontradas afecta la identidad del Estado constitucional latinoamericano y sus cimientos jurídicos.

La cuestión indígena es vista, entonces, en forma diversa por cada país en Latinoamérica y esto se debe entre otros factores a la mayor o menor presencia de población indígena. Esto significa que a mayor número de comunidades indígenas y de porcentaje de población autóctona en cada país, mayor es el grado de presión e incidencia al sistema jurídico y político tradicional.

Es claro que en virtud de las consecuencias jurídicas internacionales que acarrea el derecho a la autodeterminación de los pueblos, los Estados son sumamente cautos en el reconocimiento de este derecho. Sin embargo, los países que no tienen una presencia indígena importante (por ejemplo, Brasil o Colombia) pueden concederles amplios derechos en sus sistemas jurídicos sin ver afectadas sus estructuras nacionales.

En esa misma línea resulta interesante observar que países como Brasil,<sup>5</sup> Colombia,<sup>6</sup> Guatemala,<sup>7</sup> Ecuador,<sup>8</sup> Nicaragua<sup>9</sup> y especialmente Bolivia,<sup>10</sup> han proclamado verdaderas “Constituciones proindígenas”, por la gran cantidad o por la importancia

---

<sup>5</sup> Artículos 20-XI; 22-XIV; 49-XVI; 109-XI; 129-V; 176.1o.; 210.2o.; 215.1o.; 213 y 232 de la Constitución brasileña

<sup>6</sup> Los artículos 7, 10, 63, 68, 72, 96, 171, 176, 246, 286 a 296, 329, 330 y 339 de la Constitución colombiana regulan partes importantes para las comunidades indígenas.

<sup>7</sup> En la Constitución guatemalteca se establecen los artículos 66-70, 76, 98 y otros más con incidencia en las comunidades indígenas.

<sup>8</sup> En la Constitución ecuatoriana se establecen los artículos 1, 3, 24, inciso 10; 62, 66, 68, 69, 83-85 y 88, 97, apartados 12 y 20; 191, 224, 228 y 241 sobre los temas indígenas.

<sup>9</sup> Son los artículos 5, 8, 11, 89, 90, 91, 114, 115, 138, 180 y 181 de la Constitución de Nicaragua los que se ocupan de este tema.

<sup>10</sup> La Constitución de Bolivia inició su vigencia el 7 de febrero de 2009. El artículo 1o. de la Constitución establece: “Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bo-

de normas constitucionales que se ocupan de los derechos de los indígenas. Paradójicamente, Perú,<sup>11</sup> Panamá<sup>12</sup> y México,<sup>13</sup> se han mostrado poco generosos por cuanto al contenido de disposiciones constitucionales, que no corresponden al número o nivel de porcentaje de su población indígena.

---

livia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”.

El artículo 2o. reza: Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.

El artículo 3o. indica: La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano.

Además, la nueva Constitución establece, entre otros cambios: a) una cuota de parlamentarios indígenas, la que se establecerá por circunscripciones a definirse por ley; b) un sistema judicial indígena campesino, al mismo nivel que la justicia ordinaria, junto con un nuevo tribunal constitucional plurinacional que tendrá que elegir miembros de los dos sistemas; c) el derecho a la autonomía y el autogobierno indígena, junto con el reconocimiento oficial de sus entidades territoriales e instituciones; d) propiedad exclusiva de los indígenas de los recursos forestales de su comunidad; e) se establecen cuatro niveles de administración: departamental (en departamentos), regional (en provincias), municipal (en municipios) y territorios indígena originarios campesinos; f) se declaran como idiomas oficiales a 36 lenguas indígenas además del español.

<sup>11</sup> El único derecho que la Constitución peruana reconoce a los pueblos indígenas es el relativo a la identidad étnica y cultural en su artículo 2.19. No existe ninguna otra referencia a ellos.

<sup>12</sup> Aunque la Constitución panameña alude en diversos artículos a los grupos indígenas (90, 124, 128 y 129), ninguno se refiere en concreto a la posibilidad de una autonomía o autodeterminación, sino únicamente a derechos a la educación, la lengua o el desarrollo económico.

<sup>13</sup> Sólo existe el artículo 2, y si bien es cierto es amplio, nos parece, como lo afirmaremos más adelante, que en realidad no existe un reconocimiento a la autonomía y autodeterminación dado que este artículo remite a las Constituciones locales su desarrollo y es ahí donde se encuentran muy limitados sus derechos.

Ante esta *atmósfera proindígena* que recorre el continente americano desde finales de los años ochenta del siglo pasado,<sup>14</sup> vale hacer una pausa para reflexionar, preguntándonos: ¿la autodeterminación y la autonomía que se predicán para los grupos étnicos en el artículo 2-A, implica autonomía financiera y tributaria también? ¿Es posible, acaso, crear un sistema financiero paralelo al del Estado, sólo aplicable a ellos? ¿Qué principios tributarios sustentan los nuevos regímenes fiscales para las comunidades indígenas en países como Bolivia y Colombia? ¿Cómo lograr una correcta ponderación entre los principios tributarios básicos y los derechos fundamentales de estos grupos indígenas? ¿Estas reformas constitucionales están en concordancia con las convenciones internacionales en materia de derechos humanos? ¿Es necesario un cambio en el sistema jurídico mexicano para mejorar la autonomía financiera y tributaria de los pueblos y comunidades indígenas?

Las respuestas a estas interrogantes serán la guía de este trabajo; para ello, primero se aludirá al marco constitucional mexicano en el que se inserta este asunto; después se describirán dos experiencias latinoamericanas para cerrar con algunas reflexiones finales.

## II. EL ASPECTO CONSTITUCIONAL

### 1. *La visión sociojurídica unitaria*

En este apartado queremos apuntar que las Constituciones latinoamericanas, en sus inicios, fueron diseñadas teniendo en

---

<sup>14</sup> Así, podemos observar que la Constitución de El Salvador (1983) en su artículo 62, párrafo segundo; Honduras (1982) en los artículos 173 y 346 de su carta fundamental; Paraguay (1992) en los artículos 62 a 67 y 140 de la Constitución; y Venezuela (1999) en los artículos 9, 100, 119 a 126 y 260 de su carta fundamental.

cuenta la visión social de las minorías blancas o mestizas que las aprobaron.

En el proceso de asimilación de la cultura europea, los productores de las normas representan a una parte de la sociedad. En tal sentido —afirma González Galván— las normas constitucionales reflejan el idioma y los valores de esta parte de la sociedad. La relación jerárquica entre las poblaciones llamadas mayoritarias y minoritarias no está necesariamente en función de la superioridad cuantitativa sino en la situación de las minorías.<sup>15</sup> Agrega, citando a Alian Fenet:

Las minorías tradicionalmente consideradas étnicas, religiosas y lingüísticas, son grupos puestos en situación minoritaria por la relación de fuerzas que subyace en la sociedad global. Es esta relación quien las define como minoritarias.<sup>16</sup>

Es así como puede entenderse que se califique como “minorías” a la población negra sudafricana durante el “Apartheid”, a la población indígena en la mayoría de los países latinoamericanos después de su independencia, que construyeron sus Constituciones al estilo europeo y sin tomar en cuenta a estos pueblos cuando representaban la mayoría de la población total.

Es claro que a estas poblaciones se les consideraba parte de una sola nación, de un mismo pueblo, que no podían tener una historia distinta, una cultura distinta, una lengua distinta y un sistema jurídico distinto. En este afán de unidad nacional, surgida justo después de los movimientos independentistas, esconder o utilizar las otras formas y grupos sociales permite producir la nacionalización de la sociedad, cuyo efecto principal es la unidad.

---

<sup>15</sup> González Galván, Jorge Alberto, “Los paradigmas constitucionales y los derechos indígenas”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando (coord.), *Balance y perspectivas del derecho social y los pueblos indios en Mesoamérica. VIII Jornadas Lascasianas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 94.

<sup>16</sup> *Idem*.

Este proceso de nacionalización de las poblaciones existentes al interior del territorio estatal, se caracterizó por reproducir en toda Latinoamérica un tipo de sociedad que hablara sólo el español e interiorizara los valores de las sociedades llamadas occidentales. Esta mexicanización, peruanización, ecuatorización, boliviarización, guatemalarización, de las poblaciones indígenas ha impedido verlas como lo que son: naciones con derechos propios.

## 2. *La visión jurídica unitaria*

Una de las características que se desprende precisamente de esta visión europeizante es considerar que sólo son válidas las normas escritas que se aprueban con base en los órganos y conforme a los procedimientos reconocidos por las mismas normas escritas y también creer que dentro del *territorio nacional* no pueden existir otros sistemas jurídicos.

Esta visión jurídica nacionalista impidió durante muchos años —y aún persiste de cierta forma— reconocer como válidas las normas consuetudinarias que las naciones indígenas actualmente practican en sus territorios. Pero no sólo eso, sino que también reconocía exclusivamente los derechos establecidos en su articulado.

Así, en el siglo XIX, sólo se reconocían derechos que protegen a los individuos (derechos individuales); en el siglo XX, se suman los derechos de los individuos que se encuentran social y económicamente desprotegidos, es decir, a los trabajadores y campesinos (derechos sociales) y en épocas muy recientes, se empiezan a reconocer derechos de los grupos indeterminados (derechos colectivos y grupales, entre ellos los derechos indígenas).

### 3. *La visión político-jurídica unitaria*

Concluidos los procesos de independencia de los países latinoamericanos, podría pensarse que las naciones indígenas recuperaron su derecho a desarrollarse culturalmente. La historia no fue así. Las naciones indígenas además de ser excluidas del proyecto de nación (en lo social) y de derecho (en lo jurídico), también lo fueron en el proyecto de Estado (en lo político).

Las nacientes *naciones latinoamericanas* no fueron capaces de construir una forma de gobierno acorde con su historia y mentalidad, sino que se dedicaron a copiar modelos extranjeros.

Las Repúblicas de “México”, “Colombia”, “Honduras”, “Costa Rica”, “Chile”, etcétera, se convierten así en la nueva fórmula colonial para las naciones indígenas. Sus procesos *democráticos*, no consideraron las formas de gobierno y elección propias de las naciones indígenas. Lo que no se parecía a la sociedad moderna, al derecho moderno y al Estado moderno, significaba que eran formas sociales, jurídicas y políticas atrasadas, a las que era necesario ignorar (etnocidio por omisión) o integrar (etnocidio por comisión).

## III. LA AUTONOMÍA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

Como ya establecimos, el principal problema para la adopción y avance en la aprobación de Convenciones en materia de derechos indígenas era el concepto de autonomía de las comunidades y pueblos indígenas, por lo que convendría detenernos a reflexionar un poco más sobre el mismo.

### 1. *Los primeros obstáculos*

En cuanto a las demandas indígenas sintetizada en la de autonomía (territorial, social, política y jurídica) al interior del Es-

tado, es un problema que las visiones anteriormente descritas no tenían contemplado, de tal manera que cuando buscaron encontrar una solución a estas demandas, se le establecieron *límites a esa autonomía*: la unidad de la soberanía nacional, la indivisibilidad del territorio nacional, la indivisibilidad de los procesos de representación y la inviolabilidad de los derechos humanos establecidos.

## *2. La agenda pendiente sobre la autonomía de los pueblos indígenas*

La temática de la autonomía de los pueblos indígenas tiene que encarar, cuando menos, los siguientes temas fundamentales: primero, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas; segundo, la posibilidad de expedir y aprobar sus ordenamientos jurídicos; tercero, el reconocimiento de municipios propiamente indígenas; cuarto, la autodeterminación financiera (contribuciones y partidas presupuestales).

1. Con relación al primer punto, ello es necesario para la adecuada defensa de esos pueblos y comunidades. Sin personalidad jurídica reconocida, el actuar de los pueblos y comunidades es prácticamente nulo.
2. La posibilidad de expedir y aprobar sus sistemas normativos no es nueva, pero requiere detallarse de mejor manera, dado que dicho aspecto se ha limitado por las legislaciones estatales.
3. No existen, jurídicamente hablando, municipios indígenas. A algunos municipios así se les ha calificado, pero ello es debido al número elevado de indígenas que los integran, mas esa calificación es meramente antropológica, no jurídica.
4. Finalmente, es necesaria una autonomía financiera de los pueblos y comunidades indígenas, entendiendo por

tal la posibilidad de establecer y aplicar sus propias contribuciones, así como su capacidad de recibir y administrar recursos presupuestarios.

#### IV. LA AUTONOMÍA FINANCIERA Y TRIBUTARIA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA

Teniendo claro el contexto político, social, económico, jurídico y cultural de las comunidades indígenas en Latinoamérica, así como los temas pendientes por encarar en cuanto a la autonomía de las comunidades indígenas, procederemos a ofrecer una aproximación de cómo se ha venido encarando el problema de esa autonomía desde la perspectiva financiera y tributaria. Partiremos de algunas experiencias latinoamericanas, como los casos de Bolivia y Colombia.

##### 1. *El modelo boliviano*

El modelo boliviano puede considerarse innovador en todos sentidos. De hecho, a partir de la aprobación y entrada en vigencia de la nueva Constitución de 2009, el país comúnmente conocido como Bolivia, dejó de llamarse así y ahora formalmente se denomina “Estado Plurinacional de Bolivia”;<sup>17</sup> además, cambió su capital: antes era La Paz, ahora es Sucre; el idioma oficial es el español y 35 lenguas locales; sus símbolos patrios ya no son únicamente su bandera y escudo internacionalmente conocidos, sino que adiciona otros como la wiphala, la escarapela, la flor de la kantura y la flor del patujú. En realidad, se trata, como lo estableció el presidente Evo Morales al sancionar la nueva Constitución, de “refundar el Estado boliviano”.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Decreto Supremo 0048 de 2009.

<sup>18</sup> De hecho, en el preámbulo de la nueva Constitución puede leerse lo siguiente: “El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena

Lo que nos ocupa es que Bolivia ha establecido un nuevo marco jurídico en materia financiera y tributaria, pero lo más importante es que dentro de esas nuevas coordenadas están insertos los derechos de las comunidades indígenas, las que gozan a partir de 2009 de un esquema financiero y tributario novedoso. La mayor aportación es que Bolivia pretende hacer realidad el derecho a la autodeterminación de las comunidades indígenas; derecho humano largamente anhelado por esos pueblos indígenas.

Creemos demasiado precipitado adelantar juicios sobre la eficacia del nuevo sistema financiero y tributario boliviano hacia sus pueblos y comunidades indígenas, pues ha transcurrido muy poco tiempo desde su implantación. Lo que sí vale la pena es describir la estructura del esquema propuesto, que bien puede servir de modelo para otros países latinoamericanos en cuanto al respeto de la autonomía de las comunidades indígenas.

Debemos aceptar que Bolivia, aunque no se indica nada en la “Exposición de motivos” ni en los debates parlamentarios sobre el particular, bien pudo abreviar como ejemplos históricos de

---

anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.

Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos. Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos”.

la distribución de competencias financieras en las Constituciones de Colombia,<sup>19</sup> España<sup>20</sup> e Italia.<sup>21</sup>

Tanto en los regímenes financieros de las “entidades territoriales indígenas” que se prevén en la Constitución colombiana, como en los regímenes forales de Navarra y el País Vasco, además del de Canarias y las ciudades de Ceuta y Melilla, que se regulan en la Constitución española,<sup>22</sup> subyace la misma idea que ahora en Bolivia: respeto y autonomía a los distintos *pueblos* integrantes del Estado.

## 2. Marco constitucional en materia de autonomía financiera y tributaria

La Constitución boliviana es rica en disposiciones respecto de las “naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, y las

---

<sup>19</sup> La Constitución colombiana de 1991 ya regulaba a las *entidades territoriales indígenas* como un cuarto nivel administrativo, político y jurídico que ahora la Constitución de Bolivia ha adoptado, aunque con otro nombre: *territorios indígenas originario campesinos*. En ambos casos, estos entes se equiparan en cuanto a funciones y derechos a los municipios.

<sup>20</sup> Recordemos que históricamente, la Constitución de 1978 rompe la tradición centralista iniciada en 1700 por Felipe V como intento de solución al problema regional y a las reivindicaciones de los grupos nacionalistas vasco y catalán, sin olvidar las minorías nacionalistas aragonesa, gallega, canaria, andaluza y valenciana. El nuevo modelo de Estado políticamente descentralizado fue construido en los años posteriores a la promulgación de la Constitución. El territorio se dividió en comunidades autónomas con un Ejecutivo propio, así como un Poder Legislativo encarnado en la Asamblea Autonómica y un Estatuto de autonomía que establece la denominación, el territorio, el modelo organizativo y las competencias que cada Comunidad asume.

<sup>21</sup> Artículos 114 a 133 de la Constitución italiana.

<sup>22</sup> En España existen dos modelos de financiación de las comunidades autónomas. Por un lado, encontramos el régimen común, que incluye a todas las comunidades autónomas, salvo a Navarra y el País Vasco que cuentan con un régimen específico denominado régimen foral. Se puede decir que en España conviven cinco administraciones fiscales: la del régimen común, la de Navarra y las tres correspondientes a los territorios históricos que conforman el País Vasco.

comunidades interculturales y afrobolivianas”. Específicamente, por cuanto al régimen financiero y tributario debemos partir de la idea de que la Constitución boliviana define en su artículo 2o. el concepto de libre determinación de los pueblos indígenas, afirmando que “consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley”.

Apunta en el artículo 11 que la democracia es también comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

En el artículo 30, fracción II, apartados 4, 14 a 17, se indica que los pueblos gozan de los siguientes derechos:

4. A la libre determinación y territorialidad.

14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión

15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.

16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.

Los artículos 132 y 133 les otorga el derecho a intentar la acción de inconstitucionalidad; el 134, la acción de cumplimiento; el 135, la acción popular. El 159 establece como atribución de la Cámara de Diputados iniciar tanto la aprobación del presupuesto General del Estado, como la aprobación o modificación de

leyes en materia tributaria. Los artículos 179 y 186 a 192 regulan la jurisdicción agroambiental y la jurisdicción indígena originaria campesina.

El artículo 202 establece las atribuciones del Tribunal Constitucional dentro de las cuales está el resolver los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en la Constitución y los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.

En el artículo 269 se indica que Bolivia se organiza territorialmente en departamentos, provincias, municipios y territorios indígenas originario campesinos. Este es un cambio muy importante para nuestros efectos, pues se crea un nuevo ente territorial, administrativo, político y financiero: *el territorio indígena originario campesino*, con personalidad jurídica y derecho propios.

En el artículo 27 se remite a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización para la regulación del régimen económico financiero y la coordinación entre el nivel central y las entidades territoriales descentralizadas y autónomas.

Precisamente, la Ley núm. 031, de 19 de julio de 2010, Ley Marco de Autonomías y Descentralización, establece en el artículo 9.2 que la autonomía se ejerce a través de la potestad de crear, recaudar y/o administrar tributos, e invertir sus recursos de acuerdo con la Constitución Política del Estado y la Ley.

Asimismo, en el artículo 63, fracción II, se apunta que los ingresos que esa Ley asigna a las entidades territoriales autónomas tendrán como destino el financiamiento de la totalidad de competencias previstas en los artículos 299 al 304 de la Constitución.

El artículo 272 de la Constitución establece que la autonomía implica la elección directa de sus autoridades por las ciudadanas y los ciudadanos, la administración de sus recursos económicos y el ejercicio de las facultades legislativa, reglamentaria, fiscalizadora y ejecutiva por sus órganos del gobierno autónomo en el ámbito de su jurisdicción y competencias y atribuciones.

La autonomía indígena originaria campesina consiste —dice el artículo 289 también de la Constitución— en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.

El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo con sus normas, instituciones y autoridades, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la Ley, indica el artículo 290.

El artículo 298, fracción I, de la propia carta fundamental establece como competencia privativa de nivel central del Estado, el régimen aduanero, la creación de impuestos nacionales, tasas y contribuciones especiales de dominio tributario del nivel central del Estado y la codificación sustantiva y adjetiva en materia tributaria.<sup>23</sup>

En la fracción II, se regulan como competencias exclusivas del nivel central del Estado las reservas fiscales respecto a recursos naturales y la política fiscal.<sup>24</sup>

Siguiendo con el estudio de la Constitución de Bolivia, en el artículo 299, fracción I, se enumeran las competencias compartidas entre el nivel central del Estado y las entidades territoriales autónomas, entre ellas, los juegos de lotería y azar y la regulación para la creación y modificación de impuestos de dominio exclusivo de los gobiernos autónomos.

Reza el artículo 300 que son competencias exclusivas de los gobiernos departamentales autónomos, en su jurisdicción: la creación y administración de impuestos de carácter departamental, cuyos hechos imponible no sean análogos a los impuestos

---

<sup>23</sup> Las competencias privativas son aquellas cuya legislación, reglamentación ejecución no se transfiere ni delega, y están reservadas para el nivel central del Estado.

<sup>24</sup> Las competencias exclusivas son aquellas en las que un nivel de gobierno tiene sobre una determinada materia las facultades legislativa, reglamentaria y ejecutiva, pudiendo transferir y delegar estas dos últimas.

nacionales o municipales y la creación y administración de tasas y contribuciones especiales de carácter departamental.

El artículo 302 indica que son competencias exclusivas de los gobiernos municipales autónomos, en su jurisdicción: la creación y la administración de impuestos de carácter municipal, cuyos hechos imponibles no sean análogos a los impuestos nacionales o departamentales, la creación y la administración de tasas, patentes a la actividad económica y contribuciones especiales de carácter municipal y los servicios básicos, así como la aprobación de las tasas que correspondan en su jurisdicción.

Para nuestros efectos, uno de los puntos importante se indica en el artículo 303:

I. La autonomía indígena originario campesina, además de sus competencias, asumirá las de los municipios, de acuerdo con un proceso de desarrollo institucional con las características culturales propias de conformidad a la Constitución y a la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

II. La región indígena originario campesina, asumirá las competencias que le sean transferidas o delegadas.

El siguiente artículo, el 304, preceptúa:

I. Las autonomías indígenas originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias exclusivas:

Crear y administrar tasas, patentes y contribuciones especiales en el ámbito de su jurisdicción de acuerdo a Ley.

Administrar los impuestos de su competencia en el ámbito de su jurisdicción. Elaborar, aprobar y ejecutara sus programas de operaciones y su presupuesto.

La fracción III del mismo precepto indica:

III. Las autonomías indígena originario campesinas podrán ejercer las siguientes competencias concurrentes: sistemas de control fiscal y administración de bienes y servicios.

IV. Los recursos necesarios para el cumplimiento de sus competencias serán transferidos automáticamente por el Estado Plurinacional de acuerdo a la Ley.

En el mismo sentido de la fracción IV, antes citada, se pronuncia el artículo 101, fracción III, de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización, al indicar: las entidades territoriales autónomas financiarán el ejercicio de sus competencias con los recursos consignados en sus presupuestos institucionales, conforme a disposiciones legales vigentes.

El artículo 106 de la Ley arriba apuntada, es específico sobre el particular al señalar: son recursos de las entidades territoriales autónomas indígena originario campesinas:

1. Impuestos asignados a su administración de acuerdo a lo establecido en el numeral 13, párrafo I, artículo 304 de la Constitución Política del Estado.
2. Las tasas, patentes y contribuciones especiales, creadas por las entidades autónomas indígena originario campesinas, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 12, párrafo I, artículo 304 de la Constitución Política del Estado.
3. Los ingresos provenientes de la venta de bienes, servicios y la enajenación de activos.
4. Legados, donaciones y otros ingresos similares.
5. Los créditos y empréstitos internos y externos contraídos de acuerdo a la legislación del nivel central del Estado.
6. Las transferencias provenientes de regalías departamentales por explotación de recursos naturales, establecidas mediante normativa vigente y la ley del gobierno autónomo departamental.
7. Aquellos provenientes por transferencias, por delegación o transferencia de competencias.
8. Las entidades territoriales autónomas indígena originario campesinas percibirán los recursos por transferencias de coparticipación tributaria e Impuesto Directo a los Hidrocarburos (IDH), de acuerdo a los factores de distribución establecidos en las disposiciones legales en vigencia.

Uno de los preceptos más importantes de todos los que se contienen en la Constitución es el artículo 323, que reza:

I. La política fiscal se basa en los principios de capacidad económica, igualdad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, control, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria.

II. Los impuestos que pertenecen al dominio tributario nacional serán aprobados por la Asamblea Legislativa Plurinacional. Los impuestos que pertenecen al dominio exclusivo de las autonomías departamental o municipal serán aprobados, modificados o eliminados por sus concejos o asambleas, a propuesta de sus órganos ejecutivos. El dominio tributario de los departamentos descentralizados, y regiones estará conformado por impuestos departamentales, tasas y contribuciones especiales, respectivamente.

III. La Asamblea Legislativa Plurinacional mediante ley, clasificará y definirá los impuestos que pertenecen al dominio tributario nacional, departamental y municipal.

IV. La creación, supresión o modificación de los impuestos bajo dominio de los gobiernos autónomos facultados para ello se efectuará dentro de los límites siguientes:

1. No podrán crear impuestos cuyos hechos imponibles sean análogos a los correspondientes a los impuestos nacionales u otros impuestos departamentales o municipales existentes, independientemente del dominio tributario al que pertenezcan.

2. No podrán crear impuestos que graven bienes, actividades rentas o patrimonios localizados fuera de su jurisdicción territorial, salvo las rentas generadas por sus ciudadanos o empresas en el exterior del país. Esta prohibición se hace extensiva a las tasas, patentes y contribuciones especiales.

3. No podrán crear impuestos que obstaculicen la libre circulación y el establecimiento de personas, bienes, actividades o servicios dentro de su jurisdicción territorial. Esta prohibición se hace extensiva a las tasas, patentes y contribuciones especiales.

4. No podrán crear impuestos que generen privilegios para sus residentes discriminando a los que no lo son. Esta prohibición se hace extensiva a las tasas, patentes y contribuciones especiales.

En resumen, vemos que los principios fundamentales de tributación: capacidad económica, igualdad, progresividad, proporcionalidad, transparencia, universalidad, control, sencillez administrativa y capacidad recaudatoria, no se ven alterados por el hecho de que a las nuevas figuras e instituciones jurídicas creados por la Constitución y la Ley: *entidades territoriales autónomas indígena originario campesinas* se les otorgue la facultad para establecer tributos.

El principio de legalidad no sólo no se ve alterado, sino incluso su alcance se atomiza por cuanto la discusión y aprobación de los tributos locales se hará en pequeñas asambleas comunitarias: el principio de representación popular en su más nítida expresión. También se ordena que tales tributos sean respetuosos de los preceptos constitucionales, de manera que esto asegura uniformidad y respeto a tales principios y a otros derechos humanos en materia tributaria.

La autodeterminación y autonomía tributaria es una manifestación recogida y protegida en la Constitución boliviana.

### 3. *El modelo colombiano*

#### A. *Introducción*

Colombia es una República Unitaria, Descentralizada y Autonómica, declara la propia Constitución. Según la Corte Constitucional colombiana:

Estos principios constitutivos del Estado colombiano tienen una gran significación, por cuanto implican, que las entidades territoriales tienen derechos y competencias propios que deben ser protegidos, dentro del marco de una república unitaria, de las interferencias de otras entidades y, en especial, de la nación. Esto, a su vez, se articula con la eficiencia de la administración y la protección de los mecanismos de participación ciudadana, puesto que

la autonomía territorial permite un mayor acercamiento entre la persona y la administración pública.<sup>25</sup>

El punto de referencia central para la actual situación jurídica de los pueblos indígenas en Colombia es el artículo 7: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”.

El artículo fue introducido con el propósito de poner oficialmente fin a la política de asimilación del Estado frente a los indígenas que desde la década de 1980 suscitó el rechazo internacional.<sup>26</sup>

La disposición se basa en la evidente intención del constituyente de terminar con la tutela de los indígenas por parte del Estado. No obstante —afirma Frank Semper—<sup>27</sup> la naturaleza jurídica y el alcance del principio constitucional formulado en términos genéricos son poco claros y problemáticos. Para salvar estos problemas, la Corte Constitucional de Colombia ha recurrido a la ponderación con otros principios constitucionales que poseen un peso comparable. Así lo ha hecho con relación a los principios de democracia y pluralismo, pues se trata, según el alto tribunal, de una manifestación de la estructura pluralista del Estado colombiano.<sup>28</sup>

En el seguimiento de las normas constitucionales que regulan el derecho indígena en Colombia, debemos citar el artículo 10, que establece el idioma castellano como oficial, pero señala que las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. Este artículo apunta que la enseñanza

---

<sup>25</sup> Corte Constitucional Sentencia, C/600 A de 1995.

<sup>26</sup> Para un análisis del citado artículo, véase los comentarios del diputado indígena Rojas Birry en la *Gaceta Constitucional*, núm. 67, Bogotá, 4 de mayo de 1991, p. 21.

<sup>27</sup> Semper, Frank; “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006*, t. II, sección previa, México, 2006, p. 764.

<sup>28</sup> En tal sentido: las SCC núm. T-349/96; SCC núm. SU-510/98, t-188/93, t-342/94, t-039/97, y SCC núm. SU-510/98.

que se imparta en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias será bilingüe.

Un tema original en la Constitución colombiana y que después sería emulado por la Constitución de Bolivia, es la denominada jurisdicción especial indígena. Se indica en el artículo 246, lo siguiente:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

*B. Marco constitucional y jurídico en materia de autonomía financiera y tributaria*

La autonomía de las entidades territoriales se establece en el artículo 287 de la Constitución:

Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y dentro de los límites de la Constitución y la Ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:

1. Gobernarse por autoridades propias.
2. Ejercer las competencias que les correspondan.
3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.
4. Participar de las rentas nacionales.

A los territorios indígenas les es aplicable el artículo 329 de la propia Constitución, que indica:

La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional,

con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

PARÁGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

El artículo que antecede tiene su cierre en el siguiente artículo 330, que estatuye:

De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.<sup>29</sup>
5. Velar por la preservación de los recursos naturales.

---

<sup>29</sup> El desarrollo de este punto viene dado por el artículo de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, que indica: “Artículo 68. Finanzas públicas territoriales indígenas. Las finanzas públicas territoriales indígenas comprenden la totalidad de los ingresos que perciben las entidades territoriales indígenas por concepto del sistema general de participaciones, regalías, recursos propios, recursos de cofinanciación, cooperación y cualquier otra fuente que ingrese al territorio para la implementación de sus planes de vida o desarrollo”.

6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.

7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.

8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren, y

9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

PARÁGRAFO. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

Es también importante anotar que el artículo 359 es incluso más específico al dotar de ciertos recursos a las comunidades indígenas. Lo indica así este precepto:

No habrá rentas nacionales de destinación específica. Se exceptúan:

1. Las participaciones previstas en la Constitución a favor de los departamentos, distritos y municipios.

2. Las destinadas para inversión social.

3. Las que, con base en las leyes anteriores, la nación asigna a entidades de previsión social y a las antiguas intendencias y comisarías.

4. El 25% de los recursos del impuesto del valor agregado IVA que se recaude a nivel nacional, se destinarán *única* y exclusivamente al fortalecimiento de los planes y programas de inversión social en un 13% para los municipios con menos de 25,000 habitantes, un 4% para todos los corregimientos, un 4% para los resguardos indígenas y un 4% para los estratos uno (1), dos (2) y tres (3) de los distritos y municipios del país.

Los recursos destinados según el numeral anterior, se distribuirán en los siguientes sectores:

Para la salud básica primaria, acueductos, electrificación, alcantarillado domiciliario y hogares comunitarios.

Para educación básica primaria, educación en técnicas agropecuarias y de pesca, reforestación de especies autóctonas, técnicas en tratamientos de ríos, lagunas y ciénagas.

Para créditos agropecuarios, para asistencia técnica y mejoramiento de calidad de vida del campesino.

Para el tratamiento de enfermedades infantiles de alto costo no incluidas en el régimen de salud.

Para desarrollo de planes de vivienda, salud y educación para la población desplazada por la violencia.

Para subsidio de tarifas de energía, acueducto y alcantarillado de los estratos 1, 2 y 3.

Para fortalecer el fondo pensional de los jubilados de las universidades públicas, el cual será inembargable.

Para seguridad social y reubicación de vendedores ambulantes y estacionarios. Para garantizar planes de vivienda y seguridad social para los periodistas y artistas colombianos, definidos en la Ley 25 de 1985, y

Para el deporte.

Para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad, y para la atención especializada que requieran los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos.

PARÁGRAFO. No se podrá invertir más de un 20% del recurso destinado en el numeral 4o. de este artículo, en un mismo sector.

Ahora bien, autonomía significa para los pueblos y comunidades indígenas: autonomía territorial, y describe la autodeterminación sobre una cierta franja territorial delimitable. Es decir que la autonomía indígena no es concebible sin referencia a un determinado territorio. El ámbito territorial es la base irrenunciable para la institución y el ejercicio de la autogestión indígena, que incluye, entre otros elementos, la elección de autoridades propias (artículo 330) y el derecho a la jurisdicción especial indígena (artículo 246).

A los pueblos y comunidades indígenas no sólo se les concede dentro de sus territorios la misma autonomía administrativa,

fiscal y financiera, que también se concede a los departamentos, distritos y municipios, sino, además, una cierta autonomía en cuestiones políticas y jurídicas.

#### 4. *El modelo mexicano*

La autodeterminación y la autonomía económica de los pueblos y comunidades indígenas en México tiene recepción en los artículos 2o. y 115 de la carta fundamental, de los cuales debemos destacar lo siguiente:

Artículo 2o. La nación mexicana es única e indivisible.

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

...

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

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

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la *libre determinación* y, en consecuencia, a la *autonomía* para:

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

...

B...

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

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

...

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

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

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

C. Esta Constitución reconoce a los *pueblos y comunidades afromexicanas*, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la nación. Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los términos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su *libre determinación, autonomía*, desarrollo e inclusión social.

Artículo 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y

de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes:

III...

...

*Las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, podrán coordinarse y asociarse en los términos y para los efectos que prevenga la ley.*<sup>30</sup>

En la “Exposición de motivos” que reformó estos preceptos, enviada por el Ejecutivo,<sup>31</sup> no se indica nada en particular sobre los temas subrayados. De hecho, la “Iniciativa de Reforma Constitucional” refleja, en lo general, más una profunda preocupación por no romper la unidad nacional ante el movimiento indígena del EZLN, que un ánimo verdadero de reconocer la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas en México.

La idea de no romper con la unidad nacional ante la demanda de mayor autonomía para las comunidades indígenas impulsada por el movimiento zapatista, tendría también una gran recepción al discutirse dicha “Iniciativa” del artículo 2o. constitucional tanto en la Cámara de Senadores<sup>32</sup> como en la Cámara de Diputados.<sup>33</sup>

Sin embargo, aunque fue aprobada por ambas cámaras, un número importante de congresos estatales se opuso a su aprobación, especialmente aquellos estados que contaban con una amplia mayoría indígena en sus territorios.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> Cursivas añadidas.

<sup>31</sup> Iniciativa enviada el 7 de diciembre de 2000, según la *Gaceta del Senado*; el Senado fue cámara de origen.

<sup>32</sup> Dictamen y discusión del 25 de abril de 2001, publicado en la *Gaceta del Senado*.

<sup>33</sup> Dictamen del 27 de abril de 2001 y discusión del 28 de abril de 2001, publicados en la *Gaceta Parlamentaria*.

<sup>34</sup> Los congresos de los estados de Baja California Sur, Chiapas, Guerrero, Hidalgo, Morelos, México, Oaxaca, San Luis Potosí, Sinaloa y Zacatecas. Entre ellos están los estados con mayor población indígena del país.

De los párrafos transcritos y las partes subrayadas, puede desprenderse lo siguiente:

- a) La autodeterminación se debe predicar: 1. De los pueblos indígenas; 2. De sus comunidades; 3. De las comunidades equiparables a aquellas, y 4. De los pueblos y comunidades afromexicanas.
- b) La autonomía económica implica decidir de manera interna cómo deben darse esas relaciones económicas: 1. Entre ellos como individuos (reconociendo el *trueque*, por ejemplo, o solucionando sus conflictos económicos, cuando los hubiere); 2. Entre los individuos integrantes de la comunidad y sus propias autoridades (por ejemplo, exigiendo contribuciones especiales como el *tequio* en Oaxaca, las *faenas* en Puebla, una combinación de ambas figuras, como en Guanajuato o las cooperaciones para fiestas patronales en otros lugares); 3. Entre el pueblo o comunidad y las autoridades externas como las municipales, estatales y federales (estableciendo partidas presupuestales específicas hacia ellos o autorizando determinados montos cuyo destino se establezca a través de presupuestos participativos), y 4. Entre el pueblo o comunidad y otros pueblos y comunidades (asociándose con otras para fines económicos especiales).
- c) El establecimiento de políticas públicas, en cuyo diseño participen estas comunidades, que se fomenten actividades productivas y el desarrollo sustentable que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, sean individuales, familiares o grupales. Cuando se alude a estos intereses colectivos, debe subrayarse el reconocer facultades tributarias y presupuestarias propias.

Ahora bien, dado que la reforma al artículo 2o. convirtió el tema de la autodeterminación y autonomía económica indígena en una facultad concurrente entre la Federación y los estados,

corresponde entonces revisar si existen entidades federativas que hayan ampliado esa autonomía financiera y tributaria en nuestro país.

En principio, prácticamente todos los estados establecen partidas presupuestales hacia sus pueblos y comunidades indígenas en forma directa o indirecta.

Lo más relevante a nivel nacional viene marcado por la legislación oaxaqueña, chiapaneca e hidalguense. En efecto, debe destacarse el penúltimo párrafo del artículo 16 de la Constitución oaxaqueña; en él puede leerse: “...asimismo, de acuerdo a sus programas presupuestales, dictará medidas tendientes a procurar el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos y comunidades indígenas”.

Este enunciado se detalla después en el artículo 59 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades del Estado de Oaxaca, al indicarse:

Artículo 59. Con respeto a la autonomía municipal, los ayuntamientos dictarán las medidas legales a efecto de que las participaciones federales, los ingresos que se deriven de convenios con el estado y la Federación, así como los derivados de impuestos, derechos, productos y aprovechamientos municipales se distribuyan con un sentido de equidad entre las comunidades que integran sus municipios, considerando sus disponibilidades presupuestales y las necesidades de las mismas. Para la determinación del monto de los recursos a distribuir entre las comunidades a que se refiere el párrafo anterior, los ayuntamientos deberán tomar en cuenta la opinión que al respecto le formulen los consejos de desarrollo municipal constituidos por disposición de la normatividad correspondiente.

También debe destacarse el capítulo sobre “desarrollo económico de las comunidades indígenas” que regula la Ley de Derechos y Cultura Indígenas del Estado de Chiapas (artículos 65 a 69) que regula, entre otros aspectos, la posibilidad de que tales comunidades puedan comerciar sus productos o servicios con el

apoyo del Estado o el capítulo sobre “asignaciones presupuestales” que establece la Ley de Derechos y Cultura Indígena para el Estado de Hidalgo (artículos 68 a 72), que establece reglas precisas de transferencia y administración de esas partidas del presupuesto

Un aspecto interesante es el contenido en el artículo 37 de la Ley de Derechos, Cultura y Organización Indígena del Estado de Quintana Roo, que establece:

Los recursos previstos en los presupuestos de egresos del estado y los municipios, destinados a las comunidades indígenas, deberán aumentarse anualmente en un porcentaje superior al del índice inflacionario del año del ejercicio inmediato anterior.

Con relación a la autonomía tributaria, son pocas las referencias en este sentido, únicamente los estados de Oaxaca, Puebla, Guerrero, Guanajuato y Querétaro prevén alguna regulación básica.

El estado de Oaxaca reconoce esta posibilidad al indicar en el párrafo cuarto del artículo 12 de su Constitución Política, lo siguiente:

Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán el tequio como expresión de solidaridad según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas. Los tequios encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunitarias de cada pueblo y comunidad indígena, podrán ser considerados por la ley como pago de contribuciones municipales; la ley determinará las autoridades y procedimientos tendientes a resolver las controversias que se susciten con motivo de la prestación del tequio.

Este mismo postulado es reiterado en el artículo 43 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca. Los potenciales conflictos que pudieran surgir

a partir del cobro del tequio en los pueblos y comunidades indígenas oaxaqueñas, tiene una posible solución en el artículo 44 de este ordenamiento:

Artículo 44. En caso de controversias entre las autoridades municipales y comunitarias, de los pueblos y comunidades indígenas, y los hombres y mujeres indígenas prestadores del tequio, la Secretaría de Asuntos Indígenas intervendrá para encontrar acuerdos conciliatorios. De no lograrse la conciliación conocerán de la controversia la Secretaría General de Gobierno y en su caso el H. Congreso del Estado.

En la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla, puede leerse algo muy parecido a la del estado de Oaxaca, al reconocer lo siguiente:

Artículo 79. Las faenas, los trabajos comunitarios y el tequio encaminados a la realización de obras de beneficio común, derivados de los acuerdos de las asambleas, de las autoridades municipales y de las comunitarias de cada pueblo y comunidad indígena, podrán ser considerados como pago de aportación en beneficio de la comunidad.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 42 de la Ley de Reconocimiento, Derechos y Cultura de los Pueblos y comunidades Indígenas del Estado de Guerrero:

Artículo 42. Las autoridades de los municipios y comunidades preservarán las faenas y el trabajo comunitario como expresión de solidaridad comunitaria, según los usos de cada pueblo y comunidad indígenas. Las faenas y el trabajo comunitario encaminados a la realización de obras de beneficio común y derivadas de los acuerdos de asamblea de cada pueblo y comunidad indígena, podrán ser consideradas como pago de aportación del beneficiario en la realización de obras públicas de la comunidad.

Tal vez, como síntesis de lo anterior, vale la pena apuntar lo que menciona la Ley para la Protección de los Pueblos y Comunidades Indígenas en el Estado de Guanajuato.

Artículo 56. Se reconoce a la faena o tequio como un sistema de trabajo. Por ello, las autoridades estatales y municipales podrán considerar a este servicio como una aportación económica para la ejecución de proyectos en beneficio de la comunidad, siendo ésta una responsabilidad comunitaria.

Del mismo modo debe ponerse de relieve lo asentado en el artículo 14, fracción XIV, de la Ley para la Protección de los Derechos de la Comunidad Maya del Estado de Yucatán, que indica:

Artículo 14. Corresponde al Poder Ejecutivo del Estado, en el ámbito de su competencia:

...

XIV. Otorgar estímulos fiscales a las empresas sociales, fundaciones y asociaciones sin fines de lucro destinados al apoyo de actividades; económicas, educativas y artísticas en beneficio de las comunidades mayas...

De los artículos federales y estatales transcritos, no puede afirmarse ni reconocerse institutos presupuestarios y tributarios autónomos para los pueblos y comunidades indígenas en México, sino reglas dispersas que no llegan a formar un sistema y que, por supuesto, no suman para una real autonomía financiera a su favor.

## V. CONCLUSIONES

Concluiremos dando respuesta a las preguntas inicialmente planteadas.

1. ¿La autonomía que se predica para los grupos *étnicos* en Latinoamérica implica una autonomía financiera y tributaria también? En los casos de los modelos analizados de Bolivia y Colombia sí implican una verdadera autonomía tributaria y financiera, al contar constitucional y legalmente con facultades expresas para establecer sus propias contribuciones, recibir transferencias estatales y destinar esos recursos a los fines que las propias comunidades indígenas acuerden dentro de los márgenes legales.

Estas facultades tributarias y financieras, que se aúnan a otras facultades autonómicas enumeradas en las Constituciones colombiana y boliviana, hacen de la autonomía indígena una realidad y dan cumplimiento a las convenciones internacionales a ese respecto. La autodeterminación como derecho humano de las comunidades indígenas, desde la perspectiva financiera y tributaria, está a resguardo en estos países.

Desafortunadamente, no sucede lo mismo en la mayoría de los otros países latinoamericanos, que mantienen una posición paternalista y de dependencia con sus comunidades indígenas, no sólo en el aspecto financiero y tributario, sino incluso en la mayoría de sus derechos. En esas naciones, la autonomía de las comunidades indígenas como derecho humano tiene un largo camino que recorrer.

2. ¿Es posible, acaso, crear un sistema tributario paralelo al del Estado, sólo aplicable a esas comunidades y pueblos indígenas? Los modelos estudiados de Colombia y Bolivia no muestran eso, sino más bien un sistema tributario que asimila o equipara a la comunidad indígena con los municipios ya existentes en cuanto a derechos y obligaciones financieras y tributarias.

Estas naciones se han decantado por fortalecer al Estado otorgando mayores atribuciones y facultades a las comunidades indígenas, aunque parezca un contrasentido. Unidad dentro de la pluralidad.

3. ¿Qué principios tributarios sustentan los nuevos regímenes fiscales para las comunidades indígenas? En nuestra opinión siguen siendo los mismos principios tributarios tradicionales los

que rigen la discusión, la aprobación y la estructura de los tributos que puedan crear las comunidades indígenas, es decir, legalidad, capacidad económica, seguridad, no confiscatoriedad, vinculación con el gasto público, etcétera.

Los cambios que observamos —y que no son en absoluto un asunto menor— son el desarrollo y potenciación de otros principios jurídicos como el de solidaridad, bien común, subsidiariedad, participación y control social. Se trata, como puede verse, de principios jurídicos que, si bien son reconocidos en los sistemas tributarios occidentales, en el “nuevo constitucionalismo tributario latinoamericano” se potencializan y alcanzan un nivel superior y más acabado.

Habría que analizar con detenimiento un derecho que a partir de ahora tienen las comunidades indígenas y para nosotros resulta novedoso y particularmente sensible: el *derecho de consulta previa* cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. ¿Los tributos establecidos en ley deberían ser consultados previamente con las comunidades indígenas porque podrían afectarles? Las experiencias en Bolivia respecto de otras materias, haría suponer que sí.

4. ¿Cómo lograr una correcta ponderación entre los principios tributarios básicos y los derechos fundamentales de estos grupos indígenas? Los principios tributarios básicos no chocan con el derecho a la autonomía de las comunidades indígenas; es más, esos principios, como lo afirmamos más arriba, logran potencializarse, dado que esas pequeñas comunidades ejecutarán los principios de legalidad y capacidad económica de forma directa.

La representación popular, como eje y principio rector en la discusión y aprobación de los tributos que se conoce en todos los países occidentales, está dando paso a la discusión y aprobación “directa” de los tributos y los presupuestos por esas comunidades, en asambleas abiertas.

5. ¿Estas reformas constitucionales están en concordancia con las convenciones internacionales en materia de derechos humanos? Habría que diferenciar entre las reformas constitucio-

nales que la mayoría de los países latinoamericanos ha venido realizando desde los años noventa (que agregan algunos derechos indígenas) y las que han realizado Bolivia y Colombia, que son verdaderos cambios constitucionales. En el caso de Bolivia, incluso, puede afirmarse que se trata de la primera *Constitución indígena del mundo*.

Aunque puede decirse que desde esos años se ha avanzado más de lo que se había hecho desde la independencia de estas naciones, lo que sin duda señala un antes y un después, lo cierto es que esas diferentes velocidades en el respeto de los derechos de autonomía de los pueblos indígenas aun distan de satisfacer las aspiraciones de las convenciones internacionales en materia de derechos humanos para las comunidades indígenas.

6. ¿Es necesario un cambio en el sistema jurídico mexicano para mejorar la autonomía financiera y tributaria de los pueblos y comunidades indígenas? Sí, establecer de forma expresa su derecho a la autonomía presupuestaria y tributaria a nivel constitucional y en la legislación ordinaria de cada entidad federativa, desarrollar este postulado regulando con claridad el grado de autonomía que se desea reconocer a estas comunidades.

## VI. FUENTES

ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (coord.), *Balance y perspectivas del derecho social y pueblos indios de Mesoamérica. VIII Jornadas Lascasianas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1999.

SEMPER, Frank, “Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, t. II, 2006.

ROJAS BIRRY, Francisco, “Los derechos de los grupos étnicos”, *Gaceta Constitucional*, núm. 67, Bogotá, 4 de mayo de 1991.

*Diario Oficial de la Federación*, México, 14 de agosto de 2001.

*Gaceta del Senado de la República*, México, 7 de diciembre de 2000 y 25 de abril de 2001.

*Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados*, México, 27 y 28 de abril de 2001.

*Sistema de indicadores sociodemográficos de poblaciones y pueblos indígenas*, CELADE-División de Población de la CEPAL, Fondo Indígena, Datos estadísticos, 2010.

## PATRIMONIO INDÍGENA Y PROPIEDAD INTELECTUAL. REFLEXIONES DESDE UNA PERSPECTIVA COLECTIVA

Nancy Jazmín PÉREZ RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Algunas limitaciones del sistema de propiedad intelectual para proteger el patrimonio cultural inmaterial*. III. *Reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor sobre las Culturas Populares y las Expresiones Culturales Tradicionales*. IV. *Ejemplos de apropiación ilícita y uso abusivo del patrimonio indígena*. V. *La propiedad intelectual y sus grandes sectores; propiedad industrial, derecho de autor y ¿derecho del patrimonio indígena?* VI. *Conclusión*. VII. *Fuentes*.

Resumen: El propósito de esta investigación es asumir la génesis de una nueva área *sui generis* que proteja y regule la adecuada defensa del patrimonio cultural inmaterial de los pueblos originarios que conforman el Estado mexicano. Primero, se reflexionan detenidamente algunas de las limitaciones del sistema de propiedad intelectual y de la vigente Ley Federal del Derecho de Autor para amparar con eficacia el patrimonio cultural inmaterial indígena; después, se revisan casos emblemáticos de apropiación y uso abusivo de creaciones, expresiones, innovaciones y conocimientos de tipo tradicional, más adelante se identifican las discrepancias y los elementos distintivos de los dos grandes sectores que conforman la propiedad intelectual y, por último, se pone sobre la mesa la autonomía del derecho del patrimonio indígena. En consecuencia, se advierten aspectos de carácter doctrinal, jurisprudencial y legislativo que demuestran el desprendimiento de otro sector común

---

\* Doctora en derecho y profesora en la Facultad de Derecho de la UAEM.

dedicado al cuidado de la propiedad intelectual colectiva. La importancia de este trabajo radica en que los temas culturales relacionados con la propiedad intelectual son escasos en la doctrina. La conclusión es que el reconocimiento de una parcela jurídica paralela representaría un estudio y tutela especial del patrimonio cultural indígena que repercutirá en la revalorización y beneficio directo de activos intelectuales de comunidades indígenas y rurales, pero también será mediadora de conflictos presentes y futuros.

## I. INTRODUCCIÓN

El patrimonio cultural e intelectual de las comunidades y pueblos indígenas se integra por sus prácticas ancestrales, conocimientos y formas de vida tradicionales como la música, la danza, el arte, la artesanía, las expresiones orales, los diseños, los textiles y las técnicas agrícolas.

El derecho de los pueblos y comunidades indígenas a proteger y disfrutar su patrimonio tiene como referencia obligada el artículo 31 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007) que establece:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales.

2. Conjuntamente con los pueblos indígenas, los Estados adoptarán medidas eficaces para reconocer y proteger el ejercicio de estos derechos.

De igual forma, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales<sup>1</sup> (1989) pieza clave a favor de la justicia social, determina varias disposiciones relacionadas con este respecto:

Artículo 5. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, inciso a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

Inciso b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

Artículo 15, inciso 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de estos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.

Artículo 23, inciso 1. La artesanía, las industrias rurales y comunitarias y las actividades tradicionales y relacionadas con la economía de subsistencia de los pueblos interesados como la caza, la pesca, la caza con trampas y la recolección, deberán reconocerse como factores importantes del mantenimiento de su cultura y de su autosuficiencia y desarrollo económicos. Con la participación de esos pueblos, y siempre que haya lugar, los gobiernos deberán velar por que se fortalezcan y fomenten dichas actividades.

A pesar del reconocimiento internacional de estos derechos de los pueblos indígenas en diversos instrumentos, en los últimos tiempos son los propios pueblos indígenas quienes han luchado por proteger sus conocimientos y prácticas tradicionales contra la ciencia y la tecnología occidental que avanza y aumenta con el objetivo de obtener beneficios potencialmente lucrativos.

---

<sup>1</sup> En nuestro país, este Convenio entró en vigor el 5 de septiembre de 1991.

El deterioro y la amenaza constante de manejar el patrimonio indígena como propiedad privada por parte de personas, empresas y firmas se ha fortalecido con la expansión del modelo neoliberal y capitalista<sup>2</sup> caracterizado por la apertura de mercados y la circulación de bienes.

Países desarrollados con corta historia cultural como Alemania, Holanda, Reino Unido, Italia, Rusia, Estados Unidos y Japón tienen un interés desmedido por fabricar a gran escala productos derivados de conocimientos tradicionales y expresiones culturales, pues es donde radican las corporaciones que cuentan con los recursos económicos y tecnológicos para lograrlo.<sup>3</sup>

Estas prácticas abusivas se alimentan aún más si se prevé un mínimo de protección para la propiedad intelectual de las comunidades y pueblos indígenas en las legislaciones internas.

En México, la propiedad intelectual de los pueblos indígenas asociada necesariamente a aspectos espirituales, culturales, sociales y económicos de su forma común de vida no se trata correctamente en la normativa nacional.

Por estos motivos, el trabajo aborda el espinoso problema de que el contenido del patrimonio cultural inmaterial indígena no puede ser insertado dentro del régimen privado clásico de la propiedad intelectual. Concretamente, la Ley Federal del Derecho de Autor (en adelante LFDA) en su título VII, capítulo III,

---

<sup>2</sup> Al respecto, Gilberto Giménez indica que el proceso de mundialización económica y financiera constituye una gran amenaza para las expresiones inmateriales de las culturas, pues trae consigo procesos de uniformización basados en el modelo occidental o “cultura dominante” de ciertas partes del globo (Estados Unidos, Europa y Japón) a la que no todos los habitantes del planeta tienen igual acceso. Giménez, Gilberto, “Identidades en la globalización”, *Revista Espiral*, vol. VII, núm. 19, septiembre-diciembre, Universidad de Guadalajara, 2000, p. 18.

<sup>3</sup> En la misma tónica, véase Aparicio Serrano, César Florencio *et al.*, *Sustracción ilegal de la flora mexicana*, XXIX Concurso Universitario Feria de las Ciencias, la Tecnología y la Innovación, México, UNAM, 2021, pp. 3 y 4, disponible en: [https://feriadelasciencias.unam.mx/anteriores/feria26/feria172\\_02\\_sustraccion\\_ilegal\\_de\\_la\\_flora\\_mexicana.pdf](https://feriadelasciencias.unam.mx/anteriores/feria26/feria172_02_sustraccion_ilegal_de_la_flora_mexicana.pdf)

recoge la figura “De las culturas populares y de las expresiones culturales tradicionales”. Dicho marco regulatorio, es insuficiente e inapropiado. Insuficiente porque ofrece nula protección a las expresiones culturales tradicionales y ninguna posibilidad de protección a los conocimientos tradicionales; e inapropiada porque fue creada para garantizar derechos privados de los autores considerados en forma individual, pero no se pensó en regular derechos colectivos de agrupaciones, en su mayoría de origen indígena.

Es bajo estas premisas que se sostiene que la vía de solución inicial consiste en reconocer que la concepción de patrimonio cultural inmaterial, universalmente aceptada en 2003 mediante la Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (en adelante UNESCO) engloba los diferentes ámbitos de manifestación cultural de los pueblos o comunidades, siendo las “expresiones culturales tradicionales o del folclore” y los “conocimientos tradicionales”. Aunado a lo anterior, es evidente que nos encontramos frente al desprendimiento de un sector del tronco común *sui generis* de la propiedad intelectual: el derecho del patrimonio indígena.

Para ello, en principio, se presta atención en el contraste del régimen individualista de la propiedad intelectual y la naturaleza comunitaria del patrimonio cultural inmaterial. Posteriormente, se analiza la reciente reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor que regula a las “culturas populares y expresiones culturales tradicionales”. Asimismo, se exponen ejemplos graves de apropiación ilícita y uso indebido de valores intangibles “inspirados” en la cultura mexicana. Además, se enfatizan varias diferencias entre la propiedad industrial y el derecho de autor; finalmente, se sugiere ir perfilando las bases de una nueva disciplina jurídica autónoma que satisfaga urgencias culturales y sociales contemporáneas.

## II. ALGUNAS LIMITACIONES DEL SISTEMA DE PROPIEDAD INTELLECTUAL PARA PROTEGER EL PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL

La propiedad intelectual o el derecho de la propiedad intelectual es la disciplina jurídica que regula (entre otras cosas) los derechos de los inventores, autores y artistas, pues es el campo dedicado al reconocimiento y protección de las creaciones e invenciones derivadas del intelecto humano.

Como se ha mencionado en los párrafos precedentes, los derechos de la propiedad intelectual tutelan valores individuales y liberales, mientras que las exigencias de cualquier categoría de expresión cultural propuestas en el artículo 2.2. de la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, entre ellos, las tradiciones o expresiones orales, incluido el idioma; las artes del espectáculo; los usos sociales, rituales y actos festivos; los conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo y las técnicas artesanales,<sup>4</sup> se caracterizan por ser colectivos, difusos y, por tanto, su contradicción es inmediata.

Con el ánimo de comprender claramente las diferencias que de origen y contenido existen entre las dos grandes áreas de la propiedad intelectual; la propiedad industrial y el derecho de autor, así como las divergencias de éstas frente al patrimonio indígena, enseguida se enlistan algunos de los puntos de distinción más destacados entre ellas:<sup>5</sup>

1. La naturaleza de la propiedad industrial y el derecho de autor está orientada a tutelar derechos individuales.

---

<sup>4</sup> La UNESCO propone cinco ámbitos de manifestación cultural intangible; sin embargo, corresponde a cada Estado identificar el patrimonio inmaterial en su territorio.

<sup>5</sup> Pérez Ramírez, Nancy Jazmín, “Derecho del patrimonio cultural inmaterial. Una nueva disciplina jurídica”, ponencia al IV Congreso Internacional sobre Experiencias en la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en la Universidad de Sonora, México, 7 de noviembre de 2017.

Mientras que cualquier ámbito de manifestación del patrimonio cultural inmaterial tutela derechos colectivos de los grupos, pueblos y comunidades.

En este punto es pertinente considerar el cuestionamiento como lo refiere el doctor Sánchez Cordero:<sup>6</sup>

... ¿resulta oportuno y viable que la actual legislación de propiedad intelectual pueda desarrollar un régimen del patrimonio cultural inmaterial? La respuesta no sólo es negativa sino condenatoria: su ámbito no corresponde al de la legislación de la propiedad intelectual; obedece a fundamentos y objetivos totalmente diferentes. En efecto, el conocimiento colectivo, las ideas, las innovaciones, la creatividad y las expresiones culturales tradicionales, así como cualquier otro proceso inherente, resultan totalmente extraños a los fundamentos de la legislación de propiedad intelectual. Para las comunidades tradicionales e indígenas, la noción misma de comunidad en su conjunto se constituye en el receptáculo de la guarda y custodia del patrimonio cultural inmaterial.

Siguiendo este orden de ideas, la autora Janet Blake,<sup>7</sup> al hablar de la protección de las expresiones de folclor, resalta que en materia de propiedad intelectual las reglas son esencialmente individualistas y expresan un sistema de valores que privilegian los derechos de autor y la innovación, extranjero a los sistemas de valores de muchas sociedades autóctonas y de las necesidades de los detentores de la tradición y de las comunidades.

Ciertamente, las prácticas culturales tradicionales rebasan el terreno regulatorio de la propiedad intelectual,

---

<sup>6</sup> Sánchez Cordero, Jorge A., *Patrimonio cultural. Ensayos sobre cultura y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 127 y 128.

<sup>7</sup> Citado por Lézé, Florence, “La protección jurídica del patrimonio cultural inmaterial en la UNESCO”, en Macías Vázquez, Ma. Carmen y Anglés Hernández, Marisol (coords.), *Estudios en homenaje a don Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 8.

pero ello no significa que la propiedad colectiva esté destinada al rezago y olvido. Por el contrario, se debería comenzar a trabajar en adoptar prácticas de actuación que propicien una nueva propiedad intelectual aplicable al sector del patrimonio cultural inmaterial indígena, que proteja también derechos colectivos.

2. Respecto a los sujetos, en materia de propiedad industrial se habla de inventor y creador, y en el sector autoral de la figura de autor, refiriéndose a personas físicas identificables y determinadas. Por otro lado, en los ámbitos de manifestación cultural resulta imposible identificar al inventor, creador o autor de manera individual, pues se trata de prácticas que realizan entes comunitarios.
3. El objeto de protección en propiedad industrial son las invenciones y las creaciones, en derecho de autor se protegen obras, entendiéndolas como la expresión personal y original de pensamientos, creencias y emociones susceptibles de incorporarse a un bien tangible. Pero tratándose del patrimonio cultural inmaterial, se hace alusión a expresiones culturales o del folclore y a conocimientos tradicionales adoptados por un grupo de individuos como forma común de vida o de comportamiento (*ethos*) que los caracteriza del resto de la humanidad.
4. En relación con los requisitos legales de tutela de las principales figuras jurídicas que integran al género propiedad intelectual son desiguales. Por ejemplo, en propiedad industrial se requiere distintividad (marcas), novedad, actividad inventiva y aplicación industrial (patentes, modelos de utilidad, diseños industriales, según sea el caso). En materia de derechos de autor debe ser considerada la originalidad y la fijación en cualquier soporte material. Por su parte, respecto de las diferentes formas de expresión cultural resulta muy complejo cubrir dichos requerimientos, toda vez que se trata de prácticas “imitadas”

y saberes que se transmiten de generación en generación como un legado de memoria colectiva.

5. La manifestación material o tangible de las creaciones intelectuales es indispensable para que nazcan los derechos. Tal condición consiste en incorporarlas en cualquier bien físico como papel, ornamentos, discos, herramientas digitales, etcétera. En el caso del patrimonio cultural inmaterial indígena, su forma de transmisión es casi exclusivamente mediante la interacción oral diaria de los portadores de los saberes y destrezas con los niños y jóvenes que integran el grupo social. Por ejemplo, la habilidad para saber usar un instrumento o dotar de significado ciertos espacios.
6. La vigencia de protección en propiedad industrial es temporal, muestra de esto es que la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial señala que las marcas tienen vigencia de 10 años con posibilidad de renovación (artículo 178, LFPPI) y las patentes tienen vigencia de 20 años improrrogables (artículo 53, LFPPI). En el sector autoral también el alcance de protección es limitado, ya que la regla general en nuestra legislación establece que las obras tienen vigencia durante la vida del autor y 100 años más después de su muerte (artículo 28, LFDA). Situación diversa acontece en cualquier ámbito de manifestación cultural, pues se pretende que la vigencia sea perpetua por ser reflejo de identidad y una vía para preservar su cultura.
7. En México, tanto la materia de propiedad industrial como la de derecho de autor prevén el ejercicio de facultades sobre las invenciones y creaciones intelectuales. Por un lado, existen facultades personales o de contenido no económico, las cuales buscan proteger aspectos espirituales, por ejemplo, el nombre del inventor o autor y, por el otro, hay facultades de absoluto contenido económico, cuyo objetivo es generar beneficios pecuniarios. En este

sentido, las expresiones del folclore y los conocimientos tradicionales han sido olvidados, pues no hay una regulación sólida que determine tales facultades.

Las disposiciones sobre culturas populares y expresiones culturales tradicionales son incompletas y violatorias de derechos colectivos de los pueblos indígenas, al no dar cabida a derechos como la libre determinación, la libertad, la cultura y la identidad contemplados en instrumentos internacionales. Es paradójico que siendo México uno de los países líderes en productos étnicos y culturales, se encuentre atrasado en la protección de creaciones colectivas, escenario que sólo discrimina y margina a agrupaciones comunitarias en la conformación de cadenas productivas.

### III. REFORMA A LA LEY FEDERAL DEL DERECHO DE AUTOR SOBRE LAS CULTURAS POPULARES Y LAS EXPRESIONES CULTURALES TRADICIONALES

Las consecuencias de desconocer las discrepancias de dos sistemas distintos han quedado plasmadas en la reforma a la Ley Federal del Derecho de Autor<sup>8</sup> —y omitidas en la Ley General y en el Reglamento de Cultura y Derechos Culturales al no ofrecer tampoco soluciones categóricas—. A pesar del esfuerzo por incorporar mejoras en la figura “De las Culturas Populares y de las Expresiones Culturales Tradicionales”, todavía se encuentra lejos de conceder herramientas de defensa suficientes a los titulares colectivos de éstas.

Las restricciones son graves en este ordenamiento jurídico. A continuación, se reflexiona sobre algunas de ellas.

De entrada, se detecta la ausencia en el marco regulatorio (artículos 154, 157, 158, 159, 160 y 161) de una definición o concepción aproximada de lo que se debe comprender por culturas populares, expresiones culturales tradicionales y obras de arte

---

<sup>8</sup> Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 2020.

popular. Si la Ley no determina su contenido, entonces ¿cuál es el norte que se debe seguir en la materia?

Asimismo, vemos que en el artículo 154 de la LFDA se prevé una protección de obras de autoría individual no conocida, pero nada se advierte respecto las implicaciones y alcances del reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos y comunidades sobre sus creaciones culturales. No obstante, de encontrarse instaurados en instrumentos internacionales de derechos humanos y de pueblos originarios, incluso en políticas y protocolos de buenas prácticas aplicables al patrimonio cultural inmaterial que han sido elaborados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Una directriz relevante en este contexto se establece en las Experiencias y Prácticas Nacionales para la Elaboración de Directrices sobre Propiedad Intelectual en Guatemala, al referir que toda expresión cultural debe estar protegida a través de una política propia, así como reglamentos que las conserven y las promuevan, además de otorgar derechos de propiedad intelectual a las comunidades que las generan.<sup>9</sup>

Igualmente, se identifican aportaciones valiosas en el Protocolo para la utilización en el Arte de la Propiedad Intelectual y Cultural de las naciones originarias en Australia, el cual refleja los diez principios torales enunciados en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, siendo: el respeto, la libre determinación, la comunicación, consulta y consentimiento, la interpretación, la integridad cultural y autenticidad, el secreto y confidencialidad, la atribución, la participación en los beneficios, la continuidad de las culturas y el reconocimiento y protección.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Maza Ponce, Jorge Mario O., *Experiencias y prácticas nacionales para la elaboración de directrices de propiedad intelectual en Guatemala*, Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2010, p. 5, disponible en: [https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/maza\\_report.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/tk/en/resources/pdf/maza_report.pdf).

<sup>10</sup> *Protocols for using First Nations Cultural and Intellectual Property in the Arts*, Australia Council for the Arts, Australia, Australian Government, 2019, p. 26,

En la legislación del derecho de autor de Australia, como sucede en muchos países, todavía hay considerables vacíos normativos en la protección de las expresiones culturales y los conocimientos tradicionales. A la espera de un marco jurídico internacional que dé respuesta a estas cuestiones, organizaciones australianas están creando vías prácticas que ayuden a las comunidades indígenas a proteger sus intereses en materia de propiedad intelectual.

Otro fundamento legal poco afortunado, se localiza en el numeral 157 de la LFDA al hacer referencia únicamente a la protección de obras derivadas de las culturas populares o de las expresiones tradicionales que conforman al Estado mexicano, pero deja fuera a los conocimientos tradicionales, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica,<sup>11</sup> como son las actividades agrícolas y las plantas medicinales.

Respecto del precepto 158 de la LFDA se otorga el “derecho de integridad”<sup>12</sup> al establecer que obras derivadas de las culturas populares o de las expresiones tradicionales *estarán protegidas contra su deformación, hecha con objeto de causar demérito o perjuicio a la reputación o imagen de la comunidad o pueblo al cual pertenece*.

El derecho de integridad constituye sólo una de las prerrogativas morales de los derechos de autor destinadas a proteger la personalidad, el intelecto y la dignidad de los autores. En particular, este derecho permite a los creadores objetar cualquier modificación, deformación e incluso atentado que cause demérito a su obra o perjuicio a la reputación del autor.<sup>13</sup>

En el mismo artículo 158 se hace mención a la protección de obras derivadas de las culturas populares o de las expresiones

---

disponible en: <https://www.australiacouncil.gov.au/workspace/uploads/files/protocols-for-using-first-nati-5f72716d09f01.pdf>.

<sup>11</sup> Artículo 8o., inciso j) del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

<sup>12</sup> También denominado, “derecho al respeto” o “derecho a la inviolabilidad de la obra”.

<sup>13</sup> Artículo 21, fracción III, de la Ley Federal del Derecho de Autor.

de las culturas tradicionales frente actos de explotación que carezcan de autorización por escrito del pueblo o comunidad titular. Es decir, se permite el uso, la comunicación, la difusión y la representación de este tipo de obras siempre que haya autorización por escrito de la comunidad titular.

Hasta ahí todo parecería correcto, lo cuestionable es ¿por qué las leyes consuetudinarias que rigen a los miembros de una comunidad no fueron consideradas en la redacción de esta disposición normativa? El legislador cometió el error de establecer esquemas positivos de derecho civil y administrativo y pasar por alto al derecho consuetudinario, indispensable para regular el uso y apropiación indebida de patrimonio cultural inmaterial indígena.

Por otro lado, el artículo 159 de la LFDA legaliza la utilización de las obras derivadas de las culturas populares o de las expresiones de las culturas siempre y cuando no se alteren o modifiquen y se anote la comunidad o etnia a la cual pertenecen. En este texto nuevamente se estipula el derecho moral de integridad y se agrega otro de esta clase, el derecho de paternidad que consiste en mencionar el nombre del autor de la obra, al hacerlo se otorga la posibilidad al autor de que sea vinculado con su creación intelectual.

Con el reconocimiento del derecho de paternidad y el derecho integridad en las obras de arte popular o artesanal, se fija la esencia del derecho moral. Sin embargo, no se contemplan los “derechos patrimoniales”, cuyo propósito es controlar ciertos usos públicos de las obras permitiendo a los creadores obtener ingresos económicos por tales usos.

El artículo 159 de la LFDA deja abierta la puerta para que en México se despoje y lucre con el patrimonio indígena. En el siguiente apartado se describen algunos de los casos acontecidos.

Por lo que hace al numeral 160 de la LFDA, se instaure el requerimiento de solicitar autorización escrita a la comunidad o pueblo titular de las expresiones culturales tradicionales para su uso o explotación. En el supuesto de que no se identifique con certeza al titular comunitario, el interesado en obtener ganancias pecuniarias debe pedir una consulta a la Secretaría de Cultura para localizar al

titular. Tal consulta debe respaldarse del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas en su calidad de órgano técnico. Sólo en caso de no identificar a la comunidad protagonista, la Secretaría de Cultura se encuentra facultada para autorizar la solicitud.

Sin duda, esta norma resulta violatoria de derechos colectivos de pueblos y comunidades porque rechaza y discrimina abiertamente la posibilidad de que las agrupaciones sociales sean favorecidas por los frutos económicos prodecentes de los usos o explotación de su cultura e identidad.

Finalmente, el artículo 161 de la LFDA atribuye al Instituto Nacional del Derecho de Autor (en adelante Indautor) vigilar el cumplimiento de las disposiciones antes mencionadas y coadyuvar en la protección de obras de arte popular o artesanal. Tarea que se vuelve compleja si dicho órgano administrativo no cuenta con facultades para efectuar un registro oficial de obras colectivas que dé soporte, respeto y difusión a la diversidad de elementos culturales que existen en México y que, además, permita o ayude a identificar “la autoría” de los grupos y comunidades que los poseen.

#### IV. EJEMPLOS DE APROPIACIÓN ILÍCITA Y USO ABUSIVO DEL PATRIMONIO INDÍGENA

La imposición de modas occidentales, la falta de interés de legisladores y autoridades en los temas culturales y la inexistencia de un marco normativo idóneo han desencadenado recurrentes problemas prácticos de apropiación y uso de conocimientos tradicionales y expresiones culturales por parte de compañías extranjeras y mexicanas. Para acentuar la difícil realidad, se enlistan sólo ocho de los casos investigados.

1. La marca *Pineda Covalín* es un ejemplo reiterado desde hace muchos años. Gracias a la elaboración y venta de productos (bolsos, mascadas, corbatas, huipiles, vestidos y hasta una línea para el hogar) que “evocan” a la cultura de re-

giones de México y América Latina, la firma se encuentra bien posicionada en el mercado nacional y en países como Estados Unidos, Inglaterra, Japón, Suecia y Australia.

El portal oficial de *Pineda Covalin* señala que los diseños están debidamente registrados y que cuando éstos se realicen en colaboración con algún artesano, comunidad, instituto, museo o artista plástico, se cuenta con acuerdos de reproducción de la obra donde se autoriza plasmarla en sus telas dando siempre crédito y regalías correspondientes,<sup>14</sup> tal es el caso del Museo Zacatecano, el Banco de México, así como acuerdos particulares con artistas plásticos y artesanos.

2. En 2016 la marca *Nike*, líder en productos deportivos generó enormes ganancias por la venta de tenis que incluyeron figuras y patrones del arte *wixárika* o huichol. Al respecto, la marca argumentó: “No se plagió nada, simplemente estamos patrocinando la cultura”.<sup>15</sup> En su momento, la noticia causó indignación, ya que los huicholes asentados en los estados de Nayarit, Jalisco, San Luis Potosí, Durango y Zacatecas viven en condiciones de pobreza.
3. A finales de 2017, Liverpool vendió muñecas otomías hechas en China. Inmediatamente, la Secretaría de Desarrollo Sustentable de Querétaro y los reclamos sociales exigieron que se retiraran del mercado las muñecas imitadas porque se atentaba contra la identidad y la economía los pueblos indígenas.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> Sitio electrónico oficial *Pineda Covalin*, disponible en: <https://pinedacovalin.com/pages/acerca-de-nosotros>, consultada el 23 de junio de 2021.

<sup>15</sup> Nota en *Revista Forbes*, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/forbes-life/inspiracion-o-plagio-5-affairs-entre-el-mundo-de-la-moda-y-mexico/>, consultada el 23 de junio de 2021.

<sup>16</sup> Nota periodística disponible en: <http://www.eluniversalqueretaro.mx/carte-ra/03-12-2017/exigen-que-retiren-munecas-de-china>, consultada el 23 de junio de 2021.

Las muñecas de trapo son confeccionadas por mujeres otomíes y a través de ellas transmiten a las niñas los valores y las actividades que rigen en su comunidad localizada en el municipio de Amealco de Bonfil, Querétaro.

4. Por si fuera poco, en 2017 el famoso diseñador francés Christian Louboutin llamó la atención por su colección de bolsas “Mexicaba”, diseñadas y confeccionadas a mano por indígenas mayas de comunidades yucatecas como Maxacanú, Canek, Maní, Oxkutzcab y Xohuayán.

El costo de cada bolsa osciló en cerca de 28,000 pesos, mientras que a las mujeres artesanas se les pagaron 238 pesos por cada una.<sup>17</sup>

5. La historia se repitió en junio de 2018 cuando la editorial Penguin Random House atribuyó la autoría de una ilustración “Tenango” a la diseñadora Nora Grosse en la portada del libro *Usos rudimentarios de la selva*, de Jordi Soler. Tras las denuncias en redes sociales, el grupo editorial se disculpó a través de una carta expresando que la imagen fue tomada de Internet y seleccionada por personal de su área de diseño como portada del libro porque iba muy acorde con el contenido de la novela. Además, aclaró que la reproducción se realizó sin ningún ánimo de perjuicio o aprovechamiento, y aseguró que indicarían en futuras reimpresiones y en la versión electrónica del libro que la ilustración estaba “basada en los bordados tradicionales de Tenango que realizan los otomíes en México”.<sup>18</sup>
6. Asimismo, en junio y julio de 2019 dos renombradas firmas internacionales *Carolina Herrera* y *Louis Vuitton* fueron acusadas de apropiación cultural.

---

<sup>17</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/07/11/1174835>, consultada el 23 de junio de 2021.

<sup>18</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/cultura/le-tras/artesanos-contra-alfaguara-por-uso-indebido-de-tenango>, consultada el 24 de junio de 2021.

Primero, la diseñadora venezolana Carolina Herrera dio a conocer un presunto homenaje a la cultura mexicana a través de su colección Resort 2020<sup>19</sup> “inspirada” en los bordados de Tenango de Doria en Hidalgo, del Istmo de Tehuantepec en Oaxaca y en el sarape de Saltillo, Coahuila.<sup>20</sup> Después, la empresa francesa *Louis Vuitton* dentro de la colección *Dolls by Raw Edges* lanzó al mercado un sillón de edición limitada que reproducía elementos otomíes con un valor de 18 mil 200 dólares (aproximadamente 344 mil pesos).<sup>21</sup>

Ante estos emblemáticos sucesos que dieron la vuelta al mundo, los titulares de la Secretaría de Cultura federal y estatal emitieron cartas a ambas firmas exponiendo críticas por reproducir en sus colecciones valores culturales de la comunidad otomí.

Por su parte, el Instituto Nacional de Pueblos Indígenas (INPI) condenó y denunció que el supuesto reconocimiento es un pretexto o intento de justificación para plagiar y lucrar con la historia, identidad, cosmovisión y conocimientos de los pueblos indígenas.

7. Con relación a los casos de despojo de conocimiento colectivo indígena para hacerlo propiedad privada, resalta el ejemplo de Tepozcohuite o árbol de la piel de Chiapas, el cual fue utilizado por los mayas como eficaz tratamiento de quemaduras, ya que posee propiedades

---

<sup>19</sup> Noticia en CNN, disponible en: <https://cnnespanol.cnn.com/video/estilo-moda-carolina-herrera-se-defiende-wes-gordon-apropiacion-mexico-encuentro/>, consultada el 23 de junio de 2021.

<sup>20</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/de-ultima/carolina-herrera-lanza-su-coleccion-resort-2020-inspirada-en-mexico>, consultada el 23 de junio de 2021.

<sup>21</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/de-ultima/secretaria-de-cultura-pide-louis-vuitton-aclarar-supuesta-apropiacion-cultural>, consultada el 24 de junio de 2021.

antiinflamatorias, antibacterianas, anestésicas y regenerativas de la epidermis.

En 1989, el doctor León Roque obtuvo en Estados Unidos la patente del procedimiento para aprovechar la corteza tostada del árbol de Tepozcohuite<sup>22</sup> y a partir de entonces los precios de la planta han aumentado y el recurso se ha agotado, afectando a los campesinos indígenas.

8. Finalmente, se anota la apropiación y explotación de otro saber maya. La bebida “el Pozol” fue utilizada como alimento medicinal para curar problemas intestinales y limpiar heridas afectadas.

En 1999 la empresa holandesa de alimentos Quest International y la Universidad de Minnesota obtuvieron la patente número 5919695 para el uso de una bacteria contenida en la bebida que proviene de microorganismos indeseados en los alimentos.<sup>23</sup>

Para reflexionar los casos anteriores, es importante decir que hasta antes de la reforma de enero de 2020, la única obligación impuesta en la legislación autoral a quien usara en cualquier forma una obra literaria, artística, de arte popular o artesanal, consistió en mencionar la comunidad o etnia o, en su caso, la región de la República mexicana de la que es propia.

Igualmente, la Ley dispuso la “libre utilización” de las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, usos, costumbres y tradiciones, siempre y cuando no se alteren o modifiquen.

Como bien afirma el doctor Mauricio Jalife: “Lo que actualmente prevé la Ley Federal del Derecho de Autor en materia de

---

<sup>22</sup> Universidad Iberoamericana-Ciudad de México, “Biopiratería ¿a quién pertenecen los recursos biológicos?”, *Gaceta Ambiental Kíwanja*, México, año 3, núm. 25, marzo 2008, p. 1, disponible en: <https://ibero.mx/sites/all/themes/ibero/descargables/Kíwanja/25kiwanja.pdf>.

<sup>23</sup> Citado por Pérez Ramírez, Nancy Jazmín, “Patrimonio cultural inmaterial y propiedad intelectual”, *Tesis para obtener el grado de doctora en derecho y globalización*, México, UAEM-Conacyt, 2019, p. 19.

expresiones de folclore, no sólo no protege, sino es una clara invitación al uso libre y al plagio”.<sup>24</sup>

Pero tal escenario que nada más reconoce las facultades de tipo personal (paternidad e integridad) no dista mucho del marco legal actual en materia de protección de culturas populares, expresiones culturales tradicionales y obras de arte popular porque aún refleja ser un modelo anticuado, inaccesible, e inflexible que se niega tajantemente a incluir a las facultades económicas y de control que pueden ejercerse sobre las creaciones colectivas.

Con estas circunstancias normativas, se puede vislumbrar con mucha pena que los actos de apropiación ilícita y de uso abusivo sigan acumulándose. La regulación vigente en la Ley Federal del Derecho de Autor sobre las culturas populares y las expresiones culturales es incompleta, ya que no atiende ni protege las necesidades y requerimientos de comunidades étnicas que reclaman respeto y plena exclusividad en el uso de sus creaciones y productos originarios.

Es verdad, la nueva Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial<sup>25</sup> ofrece a la marca colectiva<sup>26</sup>, la marca de certificación, la indicación geográfica y la denominación de origen como alternativas útiles para distinguir y proteger a los productos o ser-

---

<sup>24</sup> Jalife Daher, Mauricio, *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, México, Instituto de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia-Tirant lo Blanch, 2014, p. 23.

<sup>25</sup> La Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. de julio de 2020 y entró en vigor el 5 de noviembre del mismo año.

<sup>26</sup> “Queso Cotija Región de Origen” y “Ate de Morelia Región de Origen”, son ejemplos de la configuración de las marcas colectivas en Michoacán, territorio artesanal importante en nuestro país. Lucero Ibarra sostiene que para que esta herramienta tenga sentido, tiene que ser visible, tiene que ser apropiada por las comunidades de productores o debe existir una fuerza motivadora relevante que las haga presentes como identificadores de la artesanía michoacana. Cfr. Ibarra Rojas, Lucero, *La artesanía y las marcas colectivas en Michoacán*, México, Consejo Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación de Michoacán, 2015, p. 18, disponible en: <https://icti.michoacan.gob.mx/wp-content/uploads/2019/07/6.-la-artesan%C3%ADa.pdf>.

vicios que están relacionados con los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales de un pueblo o comunidad.

Sin embargo, se piensa en la estructura de un régimen jurídico uniforme y exclusivo desde las diferentes parcelas que dan sentido al derecho: la legislación, la jurisprudencia y la doctrina. Con el afán de subir a la discusión académica este tema, se ofrece el siguiente apartado como reflexión aproximativa.

## V. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y SUS GRANDES SECTORES; PROPIEDAD INDUSTRIAL, DERECHO DE AUTOR Y ¿DERECHO DEL PATRIMONIO INDÍGENA?

Si bien dentro de las figuras que integran a la propiedad intelectual hay algunas semejanzas (por mínimas que sean),<sup>27</sup> son más las diferencias que existen entre la propiedad industrial y el derecho de autor.

Para mostrar que no se deben homologar, a continuación, se enumeran ciertas peculiaridades identificadas en cada sector:

1. Tradicionalmente, la propiedad industrial ha sido considerada parte del derecho mercantil, en tanto el derecho de autor sería parte del derecho civil.
2. La propiedad industrial tiene como objetivo fomentar la industria y el comercio, en cambio el derecho autor fomenta la cultura.
3. En la propiedad industrial los derechos exclusivos nacen —en su mayoría— por el registro; en materia autoral, los derechos emanan sin necesidad de dicho acto administrativo.
4. En el ámbito de la propiedad industrial, el registro de intangibles es constitutivo de derechos, mientras que en derecho de autor sólo tiene efectos declarativos.

---

<sup>27</sup> Parra Trujillo, Eduardo de la, *Introducción al derecho intelectual*, México, UNAM, Porrúa, 2014, p. 10.

5. En el régimen de propiedad industrial no existen derechos morales (salvo las patentes que advierten aspectos equiparables muy concretos), mientras que el contenido del derecho de autor comprende las facultades morales de divulgación, paternidad, integridad y retirada de circulación.
6. En la propiedad industrial la falta de uso o explotación de la invención, creación o signo distintivo, conlleva a la caducidad, en tanto en el terreno autoral no hay obligación de uso.
7. En la propiedad industrial la principal autoridad administrativa es el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial, organismo descentralizado de la Secretaría de Economía, y en el derecho de autor es el Instituto Nacional del Derecho de Autor, organismo desconcentrado de la Secretaría de Cultura.
8. La propiedad industrial encuentra como ordenamiento jurídico primario a la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, por otro lado, el derecho de autor tiene como normatividad primordial a la Ley Federal del Derecho de Autor.

Todo lo anterior refleja la separada evolución y autonomía entre las principales ramas que engloban a la propiedad intelectual. Queda claro entonces que la propiedad industrial y el derecho de autor responden a enfoques y necesidades diversas a pesar de tener como objeto de protección bienes intangibles susceptibles de conceder derechos exclusivos.

Bajo este panorama que involucra opciones y posibilidades, se propone reconocer los cimientos o el origen de una nueva propiedad intelectual aplicable al ámbito del patrimonio cultural inmaterial indígena, encauzada a proteger derechos colectivos y no sólo individuales.

Se enfatiza que la autonomía de una parcela jurídica se presenta por la fortaleza de tres aspectos: la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, en la medida en que dichos elementos se

incrementen y mejoren podrá hablarse sin pudor alguno sobre el desprendimiento del tronco común que contempla épocas, realidades y necesidades concretas.<sup>28</sup>

De hecho, así ha sucedido con muchas disciplinas jurídicas a lo largo de la historia del derecho. Por ejemplo, el derecho ambiental fue parte de estudio del derecho administrativo, en tanto que el derecho fiscal fue parte del derecho financiero.

Tampoco se olvide que en el pasado, la propiedad industrial se estudió dentro del derecho mercantil y el derecho de autor dentro del derecho civil. Con el tiempo, a esta hibridación de disciplinas jurídicas se les reconoció autonomía con normas privadas y administrativas.

Los estudios sobre los desafíos y avances entre derecho y cultura son escasos en la doctrina jurídica mexicana, en especial los vinculados a la propiedad intelectual. Después de una cuidadosa revisión de autores en la materia, se identifican mínimas referencias sobre el tema<sup>29</sup> pese a la trascendencia de la reforma constitucional en materia de cultura y de las obligaciones internacionales prevista, principalmente, en la Convención de la UNESCO de 2003, el Convenio 169 de 1989 y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

Pero no sólo la doctrina ha guardado inexplicable silencio, incluso la jurisprudencia lo ha hecho, salvo el criterio identificado de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que reconoce que los miembros de las comunidades o pueblos indígenas son los que poseen los conocimientos, innovación y prácticas para la conservación y utilización sostenible de la biodiversidad biológica.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Pérez Ramírez, Nancy Jazmín, “Derecho del patrimonio cultural inmaterial. Una nueva disciplina jurídica”, ponencia a las “Jornadas Protegiendo lo Inmaterial, Jornadas sobre Patrimonio Cultural Inmaterial”, Museo de Navarra, Pamplona, España, 17 y 18 de septiembre de 2019.

<sup>29</sup> Parra Trujillo, Eduardo de la, *op. cit.*, p. 100; Viñamata Paschkes, Carlos, *Indigenismo y propiedad intelectual*, México, Porrúa, 2006, pp. 173 y 174.

<sup>30</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tesis XXVII.3o.19 CS, t. IV, enero de 2019, p. 2268.

Por cuanto al sector normativo, se podría ir avanzando si se iniciará la discusión y aprobación de una ley especial que tenga por objeto promover y proteger los derechos colectivos de los pueblos y comunidades respecto de su patrimonio cultural inmaterial indígena. Un ordenamiento que reforzara el sistema de protección *sui generis* centrado en gozar de plena titularidad y control de los derechos de propiedad intelectual colectiva<sup>31</sup> a los creadores y productores agrícolas y artesanales, haría a éstos los protagonistas en las cadenas productivas de comercialización y de su propio desarrollo.

Tema prioritario en la agenda del Congreso de la Unión es una Ley de Propiedad Intelectual Colectiva para la Protección del Patrimonio Indígena que contenga como puntos rectores los siguientes:

1. Disposiciones generales que fijen definiciones, características, principios y clasificación que delimite los alcances del patrimonio inmaterial frente al patrimonio material y natural, en razón de que la noción de patrimonio cultural se ha venido ampliado a lo largo de los siglos, hoy no sólo incluye monumentos históricos, obras de arte y sitios naturales, sino también elementos materiales y valores sociales.

---

<sup>31</sup> Acerca de implementar una ley de propiedad intelectual colectiva en México, se resalta la “Propuesta de Reforma Constitucional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Afromexicano”, específicamente el artículo 2o., fracción V, establece: “Preservar, proteger, controlar y desarrollar su patrimonio cultural material e inmaterial, que comprende sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. Se reconoce la propiedad intelectual colectiva respecto de dicho patrimonio”.

De aprobarse esta disposición normativa, será la base constitucional que dé pauta a cambios sustanciales y elementos legales para hacer realidad los derechos de propiedad intelectual de los pueblos y comunidades indígenas respecto de su patrimonio inmaterial. Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, *Propuesta de Reforma Constitucional sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y Afromexicano*, México, 2021, p. 250, disponible en: <http://www.inpi.gob.mx/gobmx-2021/inpi-propuesta-reforma-constitucional-sobre-derechos-de-los-pueblos-indigenas.pdf>, consultada el 14 de julio de 2021.

2. Cualquier forma de expresión cultural y saber tradicional son susceptibles de uso comercial —desde luego, respetando los derechos morales— a través del registro de derechos colectivos indígenas y sin ninguna posibilidad de apropiación o de titularidad por terceros. Para tal propósito se crea dentro del Instituto de la Propiedad Industrial (IMPI) y dentro del Instituto Nacional del Derecho de Autor (Indautor) la Dirección de Registro de Derechos Colectivos de Patrimonio Indígena.

El procedimiento de registro comienza con la solicitud del propio pueblo o comunidad indígena, o bien, por sus autoridades tradicionales. Una vez otorgado el registro se obtiene la exclusividad de uso imprescriptible y, por consecuencia, la prohibición de que otros usen la propiedad intelectual protegida.

Se estima que la implementación especial de registro de la propiedad intelectual colectiva es la alternativa más significativa para conocer, identificar y defender a las expresiones culturales y los conocimientos tradicionales porque son de propiedad cultural e intelectual indígena que no tienen fecha de origen ni un dueño o autor conocido, pues es patrimonio de todo un pueblo.

3. La promoción, fomento y desarrollo integral y sostenible de las creaciones colectivas se efectúan mediante instituciones públicas vinculadas con los pueblos y comunidades indígenas, entre ellas el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas de reciente creación<sup>32</sup> y la Secretaría de Cultura.
4. Los derechos de uso y comercialización de las creaciones colectivas deben regirse por un reglamento de uso deter-

---

<sup>32</sup> El 4 de diciembre de 2018 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que expide la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y abroga la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, disponible en: [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5545778&fecha=04/12/2018](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545778&fecha=04/12/2018).

minado por cada pueblo indígena, en el cual se indiquen las condiciones de uso y el beneficio justo de las riquezas generadas.

El hecho de poseer derechos de propiedad intelectual colectiva ayuda al bienestar y desarrollo social y económico porque los propietarios pueden convertir esos derechos en fuentes de ingresos importantes para las familias y para los pueblos y comunidades.

5. Las prohibiciones y sanciones son dirigidas a castigar conductas que atenten o pongan en riesgo el patrimonio indígena. Por lo tanto, se sancionará toda alteración, omisión de nombre o crédito, así como cualquier forma de uso de los conocimientos tradicionales y expresiones culturales. En caso de explotar con fines de lucro dichos elementos intangibles y sin previa autorización de las colectividades, además de imponer la sanción correspondiente, se indemnizará por los daños y perjuicios causados.

Por supuesto, este marco legal debe ser producto de las opiniones y aportaciones de especialistas en materia indígena y en propiedad intelectual, así como de la participación de los setenta pueblos indígenas que existen en nuestro país,<sup>33</sup> a través de procedimientos de consulta y de sus instituciones representativas, como el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, pues se trata de una medida legislativa que los afecta e involucra directamente.

La tendencia de emplear el sistema de propiedad intelectual para proteger y promover el patrimonio cultural de las poblaciones indígenas y comunidades locales es ya una realidad.<sup>34</sup> Panamá, por ejemplo, cuenta con marcas colectivas para distinguir sus diseños, artesanías y productos culturalmente más importan-

---

<sup>33</sup> Atlas de los Pueblos Indígenas en México, disponible en: <http://atlas.inpi.gob.mx/pueblos-indigenas/>, consultada el 14 de julio de 2021.

<sup>34</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Proteja y promueva su cultura. Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales*, Ginebra, Suiza, 2017, pp. 26-58.

tes: el Café de Palmira, las piñas de La Chorrera y las molas confeccionadas por miembros de la comunidad indígena *guna*.<sup>35</sup>

De hecho, la marca colectiva *Galu Dugbis* de las mujeres indígenas *guna* en Panamá es el precedente de la Ley de Régimen Especial de Propiedad Intelectual sobre los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para la Protección y Defensa de su Identidad Cultural y de sus Conocimientos Tradicionales,<sup>36</sup> la cual, entre sus finalidades indica que los elementos culturales son susceptibles de un uso comercial, a través de un sistema especial de registro, promoción y comercialización de sus derechos, a fin de resaltar los valores socioculturales de las culturas indígenas y hacerles justicia social. Agrega que ninguna forma de expresión cultural puede ser objeto de exclusividad por terceros no autorizados a través del sistema de propiedad intelectual, salvo que la solicitud sea formulada por los pueblos indígenas.<sup>37</sup>

Otras experiencias interesantes se encuentran en Canadá y Ecuador. La Ley de Marcas de Comercio<sup>38</sup> en Canadá demuestra que los pueblos indígenas y comunidades locales pueden echar mano de las marcas de certificación para garantizar que los productos que ellos venden se fabrican según métodos tradicionales. Así, en 1996 fue registrada ante la Oficina Canadiense de Propiedad Intelectual la marca de certificación *Cowichan* para distinguir prendas de vestir, particularmente, *jerseys* o suéteres de la tribu<sup>39</sup> del mismo nombre.

En Ecuador,<sup>40</sup> se protegen indirectamente los conocimientos tradicionales de los artesanos fabricantes del sombrero de paja

---

<sup>35</sup> Leire, Otaegi, “Panamá: tres marcas para el desarrollo”, *OMPI Revista*, Ginebra, Suiza, núm. 2, abril de 2012, p. 2, disponible en: [https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo\\_magazine/es/pdf/2012/wipo\\_pub\\_121\\_2012\\_02.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/es/pdf/2012/wipo_pub_121_2012_02.pdf).

<sup>36</sup> También llamada Ley núm. 20 de 26 de junio de 2000.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> Véase Trademarks Act (1985).

<sup>39</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *op. cit.*, p. 41.

<sup>40</sup> En Ecuador, se replantea un nuevo régimen de propiedad intelectual con la publicación del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, mejor conocido como Código Ingenios (2016).

Montecristi en la provincia de Manabí con la figura de la denominación de origen desde 2008.

La confección de este sombrero fino se remonta al siglo XVI y comprende numerosas labores que llevan mucho tiempo de trabajo. En 2005, un grupo de tejedores de Montecristi presentó la solicitud de registro de denominación de origen ante el Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual, acentuando que la cooperativa y otros miembros de la comunidad Montecristi y su región circundante, debían ser las únicas partes autorizadas a usar la etiqueta y que se debería prohibir su uso a los demás fabricantes de sombreros del Ecuador y de otros países.<sup>41</sup>

Un ejemplo más se identifica en Ghana, país que en su legislación autoral<sup>42</sup> ampara la reproducción, comunicación pública, adaptación, traducción y demás actos de transformación de expresiones del folclore atribuidas a sus comunidades étnicas o a un autor ghanés desconocido, entre ellos los diseños *kente* y *adinkra*.

Especial mención merece Australia, nación modelo en adaptar su regulación de patentes<sup>43</sup> para aprovechar las ventajas que ofrece dicha figura. Muestra de ello, es la patente: “Compuestos analgésicos novedosos, extractos de éstos y métodos de preparación”, concedida a la Universidad de Griffith y a la comunidad aborígen *Jarlmadangah Burru*.<sup>44</sup>

La comunidad aborígen conoce bien las propiedades medicinales de la planta *marjala* (nombre científico *Barringtonia acutangula*), pues la ha empleado para aliviar el dolor durante años. A sabiendas de eso, se percató de que podía sacar un beneficio económico,<sup>45</sup> decidida a explotarla comercialmente firmó un

---

<sup>41</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *op. cit.*, p. 49.

<sup>42</sup> Ley de Derecho de Autor de Ghana (2005).

<sup>43</sup> Patents Act (1990).

<sup>44</sup> Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *op. cit.*, p. 36.

<sup>45</sup> El amplio alcance de control y comercialización se verifica también con la obtención de la patente en los países de Japón, Estados Unidos, Nueva Zelanda e India. Cfr. Marshall, Paul, *Case Study – a partnership for commercialization of Aboriginal Traditional Knowledge*, Oceania Biodiscovery Forum, Griffith

Convenio con la Universidad para presentar la solicitud de patente de manera conjunta en 2004.

Las experiencias de Panamá, Canadá, Ecuador, Ghana y Australia son ejemplos de éxito porque demuestran que los derechos de propiedad intelectual también pueden proteger los intereses de los pueblos indígenas y comunidades locales. Gracias a los alcances que confieren tales derechos, se ha impedido que otras personas, tanto físicas como jurídicas, utilicen sin autorización su cultura y sus conocimientos tradicionales.

Por otro lado, se confirma que a través de los diferentes instrumentos de propiedad intelectual se añade valor comercial a productos de origen artesanal y agrícola, se atribuye garantía de autenticidad y se gana lealtad de sus consumidores, elementos poderosos para mitigar la pobreza y encontrar mejores niveles de vida, pues representan medios de subsistencia para los artesanos, campesinos, agricultores y productores.

Para las familias *guna*, por ejemplo, las molas son una fuente fundamental de ingresos. “El dinero que obtengo de la venta de molas me sirve de gran ayuda. Gracias a las molas, he podido pagar la educación de mis hijas”,<sup>46</sup> señala Betí Martínez, presidenta de la Asociación de Artesanas Guna.

Crear el Café de Palmira como marca colectiva brinda un medio por el que los agricultores pueden “obtener los beneficios que se derivan de disponer de un producto que es diferente de otros tipos de café”,<sup>47</sup> expresa Alexis Bonilla, jefe del Programa de Café del Ministerio de Desarrollo Agropecuario.

“Tener una marca reconocida nos dará acceso a diversos mercados”, señala Francisco Serracín, productor a mediana escala. “Desde el punto de vista del comprador, nuestro producto viene con la garantía plena de un trabajo bien hecho”. Si nosotros,

---

University Eskitis Institute, 19-23 de noviembre de 2012, disponible en: [http://www.abs-initiative.info/uploads/media/Marshall\\_-\\_Working\\_with\\_Jarlmadangah\\_Burru\\_community\\_-\\_Biodiscovery\\_Forum\\_2012\\_Brisbane.pdf](http://www.abs-initiative.info/uploads/media/Marshall_-_Working_with_Jarlmadangah_Burru_community_-_Biodiscovery_Forum_2012_Brisbane.pdf).

<sup>46</sup> Leire, Otaegi, *op. cit.*, p. 17.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 16.

como productores, nos organizamos, no tendremos que seguir vendiendo nuestra tierra”,<sup>48</sup> añade.

Detrás de cada experiencia hay muchas historias personales y sociales muy particulares de cada pueblo o comunidad. Todo esto debe ser tomando en cuenta al momento de decidir cuándo y cómo emplear los medios de recompensa y subsistencia que brinda la propiedad intelectual.

El caso del El Niño costero en Perú es emblemático porque pone en evidencia que la propiedad intelectual es algo real que puede ayudar al bienestar y al desarrollo social y económico de la gente, de las comunidades desfavorecidas.

El Niño costero es un fenómeno cíclico, principalmente, lluvias torrenciales en la parte norte del país que provoca inundaciones y, por ende, la pérdida de cultivos. En 2017, este fenómeno trajo consigo una situación de estrés en las comunidades porque perdieron su casa, su familia y su sustento económico.

Ante el desastre, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi) coordinó un plan de acción y programa de marcas colectivas para dar a conocer los beneficios y ventajas del sistema y acompañar en el proceso a los grupos de productores que perdieron todo.<sup>49</sup> Entre otras cosas, una marca colectiva posibilita a un grupo de agricultores, artesanos, fabricantes, comerciantes o, en su caso, prestadores de servicios, compartir costos para establecer un estándar de calidad y enfrentar el mercado de manera conjunta.

Como primer resultado del plan, en menos de un año se otorgaron 535 registros gratuitos de marcas colectivas que han

---

<sup>48</sup> *Idem*.

<sup>49</sup> Gagliuffi Piercechi, Ivo Sergio, “Las marcas colectivas y su papel en la reconstrucción del tejido productivo y social en zonas desfavorecidas, caso: Fenómeno de El Niño costero en Perú”, ponencia al Seminario Subregional Marcas Colectivas como Herramientas de Competitividad, Indecopi, Lima, Perú, 5 y 6 de noviembre de 2018, disponible en: [https://www.esuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/SEMINARIO\\_SUBREGIONAL\\_MARCAS\\_COLECTIVA\\_LAMBAYEQUE.pdf](https://www.esuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/SEMINARIO_SUBREGIONAL_MARCAS_COLECTIVA_LAMBAYEQUE.pdf).

beneficiado a 6,625 familias. “Si se multiplica por cinco que es el número promedio de familias según el INEI, casi 35 mil personas beneficiadas. Miren la potencia, beneficiadas directamente, no es un beneficio indirecto, es directo”, informa Ivo Sergio Gagliuffi Piercechi, presidente del Consejo Directivo del Indecopi.<sup>50</sup>

La propia UNESCO y la OMPI han señalado que la existencia de leyes y políticas dinámicas y modernas sobre propiedad intelectual mejora con frecuencia los resultados de desarrollo sostenible local al ofrecer protección a los creadores de pequeña escala.

Desde las dos décadas anteriores alrededor del mundo es más frecuente que las poblaciones indígenas, comunidades locales y gobiernos, particularmente de los países en vías de desarrollo, encuentren respuestas en los derechos de propiedad intelectual para proteger formas tradicionales del patrimonio cultural inmaterial. Primero, como un instrumento de control para autorizar, prohibir y beneficiarse de su explotación comercial y, segundo, como un medio de prevención de apropiaciones, usos indebidos, copias, adaptaciones y cualquier explotación ilícita.

Como se demostró con anterioridad, tratar de resolver este tipo de conflictos y cuestiones normativas bajo el amparo de los cimientos clásicos de la propiedad intelectual es equívoco, dado que su enfoque colectivo de protección es ya una realidad práctica y, por consecuencia, debe reflejarse en la doctrina.

A partir de esa lógica, los derechos de propiedad intelectual no pueden mantenerse inertes ante justificaciones que nutren prácticas de dominio público y libre uso. Por el contrario, los derechos deben ser ampliados o adaptados<sup>51</sup> para incluir teorías, valores, principios, objetos y métodos relacionados con la cultura, con énfasis en el patrimonio indígena.

---

<sup>50</sup> *Idem.*

<sup>51</sup> Véase, Labrit Patrimonio, Intangia, Protegiendo lo inmaterial. Buenas prácticas para la aplicación de los derechos de propiedad intelectual en el patrimonio inmaterial, Pamplona-Uruña, España, 2019, disponible en: <https://labrit.net/wp-content/uploads/2019/11/BuenasPracticasJardunbideEgokiak.pdf>.

Afirmar al derecho del patrimonio indígena bajo un régimen especial de propiedad intelectual, cuyo principal propósito sea proteger y regular los derechos intelectuales de poblaciones indígenas y comunidades locales, las motivará a seguir innovando, creando y las estimulará a emplear estratégicamente las bondades que brindan las diferentes figuras que lo conforman, entre ellas, la patentes, los modelos de utilidad, las marcas, las indicaciones geográficas, las denominaciones de origen, los diseños industriales, los derechos de autor, los derechos conexos, etcétera.

En la medida en que se intensifique en la doctrina y comunidad académica la postura de la división de la propiedad intelectual en ramas independientes y especializadas, será cuando los operadores jurídicos, incluyendo tribunales y autoridades administrativas, apliquen el derecho del patrimonio indígena como una novedosa rama jurídica que atiende determinadas necesidades sociales de los pueblos indígenas y comunidades locales y que responde con eficacia a sus intereses de cuidado y control sobre expresiones culturales y conocimientos tradicionales.

## VI. CONCLUSIÓN

La evolución notable del derecho y la práctica de la propiedad intelectual en el mundo, obligan a superar su visión académica tradicional enfocada sólo a los derechos de inventores, autores y artistas en su carácter individual. De no cambiar esta perspectiva, se corre el riesgo de dar respuestas basadas en viejos principios y conceptos apartados de la realidad.

Aceptar las ausencias y deficiencias normativas de las ramas convencionales que la conforman para la defensa de elementos culturales tradicionales constituye un gran paso en la construcción de un sistema *sui generis* de propiedad intelectual colectiva concebido para el patrimonio cultural inmaterial indígena.

Mucho se ha escrito acerca de las consecuencias y efectos negativos de la globalización de la economía o mundialización del

capital en comunidades indígenas y rurales que habitan en países subdesarrollados. Sin embargo, en los últimos años, la propiedad intelectual reviste cada vez mayor interés para las poblaciones indígenas, dada la importancia que actualmente otorga al reconocimiento y respeto del patrimonio indígena en acuerdos internacionales, pero sobre todo porque es una salida de desarrollo social y económico justo y equilibrado que beneficia a los grupos sociales de diferentes zonas al dotarles de derechos de control y exclusividad para proteger su cultura e identidad.

Por lo anterior, se pregona al derecho del patrimonio indígena como una nueva disciplina jurídica autónoma, dinámica e interdisciplinaria centrada solamente en las características del esquema de creaciones intelectuales de las poblaciones indígenas que permite a sus custodios promover, proteger, prevenir e impedir abusos y usos no equitativos de saberes milenarios novedosos, expresiones culturales originales y productos étnicos únicos. Esta es una de las muchas deudas y desafíos que todavía tenemos con comunidades enteras en México.

## VII. FUENTES

APARICIO SERRANO, César Florencio, NAVA ORTIZ, María del Carmen y ROQUE HERNÁNDEZ, María de Lourdes, XXIX Concurso Universitario Feria de las Ciencias, la Tecnología y la Innovación, México, UNAM, 2021.

Australia Council for the Arts, *Protocols for using First Nations Cultural and Intellectual Property in the Arts*, Australia, Australian Government, 2019.

GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo Sergio, “Las marcas colectivas y su papel en la reconstrucción del tejido productivo y social en zonas desfavorecidas, Caso: Fenómeno del El Niño costero en Perú”, Seminario Subregional Marcas Colectivas como Herramientas de Competitividad, Indecopi, Lima, Perú, 5 y 6 de noviembre de 2018.

- GIMÉNEZ, Gilberto, “Identidades en globalización”, *Revista Espiral*, Guadalajara, México, vol. VII, núm. 19, septiembre-diciembre de 2000.
- IBARRA ROJAS, Lucero, *La artesanía y las marcas colectivas en Michoacán*, México, Consejo Estatal de Ciencia, Tecnología e Innovación de Michoacán, 2015.
- JALIFE DAHER, Mauricio, *Derecho mexicano de la propiedad industrial*, México, Instituto de la Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia-Tirant lo Blanch, 2014.
- LABRIT PATRIMONIO, Intangia, *Protegiendo lo inmaterial. Buenas prácticas para la aplicación de los derechos de propiedad intelectual en el patrimonio inmaterial*, Pamplona-Uruñea, España, 2019.
- LEIRE, Otaegi, “Panamá: tres marcas para el desarrollo”, *OMPI Revista*, Ginebra, Suiza, núm. 2, abril de 2012.
- MACÍAS VÁZQUEZ, Ma. Carmen y ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol (coords.), *Estudios en homenaje a don José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- MARSHALL, Paul, “Case Study – a Partnership for Commercialization of Aboriginal Traditional Knowledge”, *Oceania Bio-discovery Forum*, Griffith University Eskitis Institute, 19-23 de noviembre de 2012.
- MAZA PONCE, Jorge Mario O., *Experiencias y prácticas nacionales para la elaboración de directrices de propiedad intelectual en Guatemala*, Ginebra, Suiza, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2010.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Proteja y promueva su cultura. Guía práctica sobre la propiedad intelectual para los pueblos indígenas y las comunidades locales*, Ginebra, Suiza, 2019.
- PARRA TRUJILLO, Eduardo de la, *Introducción al derecho intelectual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- PÉREZ RAMÍREZ, Nancy Jazmín, “Derecho del patrimonio cultural inmaterial. Una nueva disciplina jurídica”, IV Congreso

Internacional sobre Experiencias en la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial en la Universidad de Sonora, México, 7 de noviembre de 2017.

PÉREZ RAMÍREZ, Nancy Jazmín, “Derecho del patrimonio cultural inmaterial. Una nueva disciplina jurídica”, Jornadas Protegiendo lo Inmaterial, Jornadas sobre Patrimonio Cultural Inmaterial en el Museo de Navarra, Pamplona, España, 17 y 18 de septiembre de 2019.

PÉREZ RAMÍREZ, Nancy Jazmín, *Patrimonio cultural inmaterial y propiedad intelectual*, tesis para obtener el grado de doctora en derecho y globalización, México, UAEM-Conacyt, 2019.

SÁNCHEZ CORDERO, Jorge A., *Patrimonio cultural. Ensayos sobre cultura y derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

Universidad Iberoamericana-Ciudad de México, “Biopiratería ¿a quién pertenecen los recursos biológicos?”, *Gaceta Ambiental Kĩwanja*, México, año 3, núm. 25, marzo de 2008.

VIÑAMATA PASCHKES, Carlos, *Indigenismo y propiedad intelectual*, México, Porrúa, 2006.

## PROYECTOS DE DESARROLLO Y DERECHO A LA CONSULTA DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS EN MORELOS

Carolina AGUILAR RAMOS\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La consulta indígena como derecho humano colectivo*. III. *Características, actores y etapas de la consulta*. IV. *Leyes marco en materia de consulta indígena*. V. *El Proyecto Integral Morelos*. VI. *La autopista de Tepoztlán*. VII. *Conclusiones y propuestas*. VIII. *Fuentes de información*.

RESUMEN: A pesar de la existencia de estándares internacionales en materia de consulta previa e informada a los pueblos indígenas, los escenarios generalizados de violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, motivados por la falta de desarrollo legislativo y jurisprudencial en nuestro país, han demostrado el gran reto que conlleva el involucramiento de las demandas de los pueblos no solamente en la discusión, sino además en el diseño e implementación de proyectos que les afectan directamente. En este sentido, el objetivo del presente ensayo es exponer la concepción colectiva de este derecho humano, así como desarrollar una sistematización normativa nacional e internacional en la materia. Para ello, se exponen los antecedentes y las particularidades de dos casos vigentes en el tema suscitados en Morelos: el “Proyecto Integral Morelos” y la “Ampliación de la Autopista de Tepoztlán”, pues los estudios de caso permiten comprender, desde una perspectiva práctica, el *status*

---

\* Maestra en derecho y estudiante de doctorado en derecho y globalización en la UAEM.

*quo* de los supuestos académicos y legislativos en el tema. Para ello, y derivado de diversas situaciones de inseguridad y revueltas sociales, se optó por soportar toda la información en documentales y notas periodísticas. Este trabajo resulta relevante y de actualidad dado el reconocimiento convencional de la consulta indígena como obligación de Estado, pues con ello se demostró que estos casos, similares a otros presentados en México, repercuten en el goce y disfrute de múltiples derechos humanos como la protección al medio ambiente, a la salud, el acceso al agua y otros derechos económicos, sociales y culturales derivado de la omisión por parte de las autoridades de realizar la consulta previa e informada, como establece la normatividad y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

## I. INTRODUCCIÓN

Con la imposición y adopción del modelo económico neoliberal por parte de los gobiernos latinoamericanos desde la década de 1980, los territorios indígenas se han convertido en objetivos estratégicos de explotación de recursos naturales de manera global.<sup>1</sup> Lo anterior genera la colisión entre el bienestar público y los derechos humanos, un escenario cada vez más frecuente en los contextos de las economías emergentes como es el caso de México.

En contrapartida, son bastos los ordenamientos cuyo fin principal es la protección de los derechos humanos ampliando la gama de los compromisos convencionales adquiridos por los Estados firmantes. Un claro ejemplo es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el cual ha sido firmado y ratificado por México en armonización con el reconocimiento de una nación pluricultural en nuestra Constitución Política.

No obstante, en la última década el número de violaciones a derechos humanos de los pueblos indígenas ha tenido un incremento generalizado en donde la mayor parte de las afectaciones

---

<sup>1</sup> Gatica Polco, Daniel, “El territorio de los pueblos originarios frente a la lógica del neoliberalismo”, *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, vol. 1, Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias, 2015, p. 193.

a estas comunidades son provocadas por la falta de consulta previa, con relación a los proyectos de desarrollo que buscan realizarse en sus territorios, e informada, al no proporcionarles los elementos aclaratorios del proyecto, con el único objetivo de no ser tomados en cuenta en ninguna etapa del proceso decisorio.

Esta situación se presenta de manera reiterada en casi la totalidad de las entidades federativas, toda vez que en nuestro país la población indígena es un importante grupo social. De manera que este trabajo tiene como principal objetivo reseñar la realidad que gira en el estado de Morelos en torno a las violaciones al derecho a la consulta de sus comunidades originarias a través del estudio particular de dos casos que actualmente se encuentran en proceso de determinación: la “Ampliación de la Autopista de Tepoztlán” y el “Proyecto Integral Morelos”.

## II. LA CONSULTA INDÍGENA COMO DERECHO HUMANO COLECTIVO

En primer lugar, es importante aclarar qué se entiende por pueblo indígena. De acuerdo con el artículo 1o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) consiste en aquellas poblaciones que habitaban en la época de la conquista o la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Lo anterior resulta relevante, dado que, bajo los parámetros de justiciabilidad de los derechos humanos, la identidad indígena o autoadscripción es criterio fundamental para determinar a quiénes se aplica el marco normativo en la materia, así como la identificación de los titulares de dichos derechos bajo la óptica de la conciencia de pertenencia a un pueblo originario.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Nieto Castillo, María, “Identidad y autoadscripción: una aproximación conceptual”, *Revista Ciencia Jurídica*, año 5, núm. 9, Universidad de Guanajuato, 2016, p. 61.

No obstante, el tema del reconocimiento de derechos para el caso mexicano debe apegarse al contenido del artículo 1o. de la carta magna, en el cual se estipula que todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en ella, así como de aquellos contemplados en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Aunado a ello, el artículo 2o. establece que los pueblos y comunidades originarios se encuentran protegidos constitucional y convencionalmente.

Por otra parte, la doctrina ha establecido que los derechos humanos de los pueblos indígenas poseen una naturaleza tanto individual como colectiva. La primera responde a una visión liberal de la persona como sujeto de derecho, mientras la segunda reconoce distintos grupos humanos y comunidades como sujetos especiales de derechos humanos.<sup>3</sup>

Es importante destacar que la perspectiva colectiva de los derechos humanos, en lo general, ha sido vagamente estudiada, pero ha resultado de extrema relevancia para la defensa ante tribunales. De acuerdo con López Calera, los derechos colectivos son aquellos que corresponden a un titular que no es un individuo o una persona natural, sino una entidad compuesta de individuos e intereses individuales, pero con personalidad propia, distinta y diferenciada de los sujetos individuales que la integran.<sup>4</sup> Además, los derechos colectivos forman parte de la esencia democrática, esto es, de la participación ciudadana y comunitaria en la construcción de lo social.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, “Los derechos colectivos indígenas y su desarrollo en la Constitución de 1917”, en *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. III: *Estudios económicos y sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 131.

<sup>4</sup> López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad de los derechos*, Ariel, 2000, p. 51

<sup>5</sup> Rivera Morales, Rodrigo, “Los derechos e intereses colectivos como derechos fundamentales”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 33, núm. 33, 2007, p. 10.

En consecuencia, existen derechos humanos cuya incidencia va más allá de las libertades de la persona en sí misma, como es el caso de los llamados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), dado que su cumplimiento implica la manifestación de intereses colectivos, los cuales pueden ser colectivos en sentido estricto o de naturaleza difusa.

Esta clasificación dogmática de los derechos humanos atiende a un contexto histórico donde las libertades humanas individuales fueron rebasadas por fenómenos como la globalización y la masificación de los actos sociales y económicos, dando origen al reconocimiento de derechos transindividuales como el derecho a la educación, a la salud, la vivienda, al trabajo, la alimentación, al agua, al medio ambiente y a la consulta indígena.

En ese contexto, la consulta vista como derecho colectivo recoge sus postulados en los tratados internacionales. Es así como en el Convenio 169 de la OIT de junio de 1989, ratificado por México<sup>6</sup> y por lo tanto aplicable a nuestro país, reconoce a la consulta previa, libre e informada como un derecho perteneciente a los pueblos y comunidades interesados.

Dicho pacto establece la obligación de los Estados firmantes a consultar a los pueblos, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente,<sup>7</sup> reconociéndose el derecho de dichos pueblos a decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan.<sup>8</sup>

Asimismo, la consulta indígena es un derecho colectivo con doble carácter: por una parte, es un derecho íntimamente vinculado con la libre determinación y, a la vez, es el instrumento central

---

<sup>6</sup> Este Convenio fue ratificado por México en 1992.

<sup>7</sup> Artículo 6.1 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>8</sup> *Ibidem*, artículo 7.1

para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como en el nacional,<sup>9</sup> dado el principio de interdependencia y universalidad que caracteriza a los derechos humanos.

Cabe destacar que la consulta no es igual al derecho a la participación. Si bien es cierto, los procesos de consulta involucran la participación de las personas en la dirección de los asuntos públicos, ya sea directamente o por medio de sus representantes,<sup>10</sup> la consulta comprende otros derechos, como es el acceso a la información y a la asociación; particularmente en el caso de los pueblos indígenas, el derecho a la libre determinación, a la tierra y al territorio.<sup>11</sup>

Es necesario mencionar que la consulta no implica sólo el hecho de reaccionar sino también el de proponer; toda vez que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir cuáles son sus prioridades y, en consecuencia, a ejercer el control sobre su propio desarrollo económico, social y cultural,<sup>12</sup> lo que significa que el objetivo de la consulta no es solamente estar o no de acuerdo, sino también ser parte formuladora de los planteamientos a exponerse en el proceso.

De manera que la relevancia del análisis del derecho a la consulta desde una perspectiva colectiva, se respalda en que actualmente consiste en una obligación convencional del Estado mexicano, siendo menester su aplicación tanto para la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y los planes estatales o

---

<sup>9</sup> *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, 2a. ed., México, SCJN, 2014, p. 47.

<sup>10</sup> Artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>11</sup> La relevancia de la consulta indígena radica en que la materia de la misma puede beneficiar o transgredir otros derechos colectivos básicos, como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano, a la educación, a la alimentación.

<sup>12</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo*, Departamento de Normas Internacionales, 2009, p. 60.

municipales,<sup>13</sup> como para el debate en torno a diversos temas, por ejemplo la adopción de nuevas medidas legislativas, la explotación de los recursos del subsuelo, la reubicación de los pueblos, la enajenación de sus tierras, para la organización y funcionamiento de programas de formación profesional, e inclusive en los temas relacionados con los contenidos y modalidades en la enseñanza educativa.

### III. CARACTERÍSTICAS, ACTORES Y ETAPAS DE LA CONSULTA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en uno de sus criterios que la consulta debe cumplir con los siguientes parámetros: *a)* debe ser previa; *b)* culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; *c)* informada, y *d)* de buena fe.<sup>14</sup> Sin embargo, el contenido normativo y los estándares internacionales en la materia, amplían dichos lineamientos, pudiéndose sistematizar de la siguiente manera:

#### 1. *Previa*

En palabras de James Anaya, quien fuera relator especial sobre los derechos indígenas hasta 2014, se debe consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la aprobación de cualquier medida que pueda tener un impacto directo sobre sus derechos, particularmente en relación con actividades que se lleven a cabo en territorios tradicionales indígenas, esto es, en las primeras fases del proyecto y, en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> Artículo 2o., fracción IX, del apartado B de la Constitución Política.

<sup>14</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tesis 1a. CCXXXVI/2013, lib. XXIII, agosto de 2013, p. 736.

<sup>15</sup> Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, del 19 de julio de 2010.

Este requisito de la consulta es de vital importancia toda vez que es uno de los más ignorados en la práctica, ya que en la mayoría de los casos la consulta no se realiza con antelación a la toma de decisiones o al comienzo de las primeras obras del proyecto.

## 2. *Informada*

Como ha reiterado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus sentencias, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de los posibles riesgos del plan de desarrollo o inversión propuesto, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad,<sup>16</sup> proporcionando de manera anticipada, legible y lingüísticamente aceptable la información íntegra de los proyectos a cada uno de los miembros interesados en ser consultados con posterioridad.

En este punto radica la conexidad entre el derecho a la consulta y el derecho de acceso a la información en un sentido amplio, toda vez que contar con los datos reales de los proyectos constituye un primer paso para la toma de decisiones de los pueblos y las comunidades indígenas.

Asimismo, el cumplimiento del requisito del otorgamiento de la información tiene especial relevancia por cuanto a la búsqueda del consentimiento, esto es debido a que se requiere como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso y que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Fondo y reparaciones del caso del pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, pfo. 208.

<sup>17</sup> *Idem*.

### 3. *A través de sus instituciones representativas*

Con el reconocimiento constitucional de una nación pluricultural y existiendo alrededor de 70 pueblos<sup>18</sup> que se autoadscriben como indígenas en México, cada colectivo cuenta con sistemas de organización internos con características, autoridades representativas y distribución de competencias particulares.

Según lo establece la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), los pueblos tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales,<sup>19</sup> siendo las asambleas, los comités, los consejos, los frentes y las uniones los más comunes. No obstante, las comunidades también tienen derecho a establecer instituciones contemporáneas, si las instituciones tradicionales ya no son adecuadas para satisfacer sus necesidades e intereses.<sup>20</sup>

En consecuencia, el proceso de consulta debe reconocer los distintos espacios y mecanismos de participación al interior de las comunidades, toda vez que los representantes que formaran parte del proceso oficial de consulta deben ser señalados por las propias comunidades, basándose en sus propios estatutos o prácticas de organización.<sup>21</sup> Dicho de otra manera, las diferencias en sus formas de organización y las funciones de quienes sean reconocidos como autoridades deben ser tomadas en cuenta para la toma de decisiones, ya que los procedimientos internos de las

---

<sup>18</sup> Consultado en el Atlas de los Pueblos Indígenas de México del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas, disponible en: <http://atlas.cdi.gob.mx>.

<sup>19</sup> Artículo 5o. de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>20</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio 169 de la OIT*, cit., p. 50

<sup>21</sup> Fundación Cambio Climático, *Participación de pueblos indígenas en Argentina: derecho a la consulta previa y al consentimiento libre previo e informado. Documento de recomendaciones y desafíos para su implementación*, Argentina, 2014, p. 13.

comunidades deben armonizarse con los que se propongan para llevar a cabo la consulta.<sup>22</sup>

Por otra parte, en adición a las formas internas de organización comunitaria, el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) (anteriormente Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas), es el organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, que a través de su Consejo Nacional se encarga de garantizar el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado a pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, cada vez que el Ejecutivo federal promueva reformas jurídicas y actos administrativos, susceptibles de afectarles,<sup>23</sup> siendo dicho Instituto quien impulse la realización de las consultas, o bien, quien trabaje en coordinación con otras dependencias y los interesados.

#### 4. Culturalmente adecuada

La idoneidad cultural implica procurar que las autoridades que representan a un pueblo indígena sean determinadas de acuerdo a sus formas de elección.<sup>24</sup> Asimismo, que los procedimientos a través de los cuales se realice la consulta sean acordes a los usos y costumbres de dichos pueblos, con la finalidad de comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.<sup>25</sup>

Lo anterior supone que no puede existir una forma única o modelo de consulta a aplicar en todas partes, pues el proce-

---

<sup>22</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *El derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas*, México, 2018, p. 12.

<sup>23</sup> Artículo 6o., fracción VII, de la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.

<sup>24</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Recomendación general No. 27/2016 sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana*, 2016, pfo. 76.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pfo. 201.

dimiento culturalmente adecuado requiere tomar en cuenta de manera fundamental las características y las particularidades específicas de los pueblos indígenas en cada país, y de cada pueblo en particular, en cuanto a su situación y circunstancias.<sup>26</sup>

### 5. Buena fe

El artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, dispone que las consultas se llevarán a cabo de buena fe, es decir, ésta debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basados en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas.<sup>27</sup>

De igual manera, la buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado, de agentes o de terceros que actúan con su autorización o aquiescencia.<sup>28</sup> No obstante, gran parte de los modos implementados para que los pueblos otorguen su consentimiento parten de la idea de violentar a sus habitantes, ya sea a través del uso excesivo de la fuerza pública, amenazas, atentados o cualquier tipo de acción que transgrede en todo momento dicho principio.

### 6. Con la finalidad de llegar a un acuerdo o al consentimiento

El consentimiento como finalidad del proceso de consulta significa que el Estado debe organizar los procedimientos de tal

---

<sup>26</sup> Eguiguren Praeli, Francisco, “El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos”, *Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 21, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016, p. 77.

<sup>27</sup> *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, abril de 2009, pfo. 23.

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pfo. 186.

modo que estén orientados a alcanzarlo. Sin embargo, si no se logra dicho acuerdo, la consulta sigue siendo válida.<sup>29</sup>

En otro orden de ideas, respecto de los actores en el proceso de consulta, la SCJN ha reconocido que este derecho puede ser exigible por cualquier integrante de la comunidad, siempre y cuando la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno.

En este sentido, el máximo tribunal constitucional del país señala las siguientes consideraciones relativas al concepto de impacto significativo: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible reasentamiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria, y 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros.<sup>30</sup>

Desde esta perspectiva, es válido cuestionarse los alcances prácticos de dicho criterio, toda vez que el término de impacto significativo es claramente ambiguo y, en muchas ocasiones, éste ha sido tomado como limitante para desestimar la obligatoriedad de realizar las consultas, restringiendo el derecho colectivo de las comunidades indígenas.

Además, en ciertos casos ha quedado claro que la libertad de comenzar el proceso de consulta por cualquier miembro de la comunidad tiene obstáculos añadidos, como sucede en las consultas sobre proyectos avalados por una evaluación de impacto ambiental, sobre las cuales se requiere tener conocimiento de que existe dicho documento en la *Gaceta Ecológica*, la cual está disponible en Internet y en las oficinas de la dependencia correspondiente, obstaculizando notoriamente la posibilidad de tener acceso a la información de los pueblos indígenas y convirtiendo su derecho

---

<sup>29</sup> Yrigoyen Fajardo, Raquel, *De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2009, p. 15.

<sup>30</sup> *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tesis 2a. XX-VII/2016, t. II, 31 de junio de 2016, p. 1213.

a ser consultados en una obligación de permanecer alerta a las actividades productivas de terceros.

La Unidad de Planeación<sup>31</sup> del ahora Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI), ha señalado que para llevar a cabo la consulta se requiere la participación de seis figuras:

1. Autoridad responsable. Es la instancia (o instancias) gubernamental que emitirá la medida administrativa o legislativa que puede afectar a los pueblos o comunidades indígenas, a la que le corresponde la obligación de consultar. Respecto a este punto, es importante señalar que las obligaciones estatales en materia de consulta no son exclusivamente aplicables a los entes públicos, sino también a las actividades de carácter privado, de manera que los Estados pueden infringir indirectamente en las obligaciones contraídas en virtud del Convenio 169 de la OIT, permitiendo que particulares o entidades cometan tales actos, no adoptando las medidas apropiadas o no ejerciendo el debido cuidado para prevenir, castigar, investigar o reparar el daño causado.<sup>32</sup>
2. Órgano garante. Es el órgano que valida y reconoce los acuerdos, sean favorables o negativos, el cual podría ser asumido por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o por alguna de sus visitadurías especializadas.
3. Órgano técnico. Aquel que tiene a su cargo la atención de los asuntos atinentes a los pueblos y comunidades indígenas, brindando asistencia técnica y metodológica para la implementación de la consulta.
4. Comité técnico. Aquellos individuos, organizaciones o instituciones académicas que puedan aportar conoci-

---

<sup>31</sup> Organización Internacional del Trabajo, *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169*, febrero de 2013.

<sup>32</sup> Observación General núm. 31 del Comité de Derechos Humanos.

miento, asesoría, metodología, información sustantiva o análisis especializado de caso al proceso de consulta.

Respecto de las etapas de una consulta correctamente realizada, el INPI establece que dichos procesos deben cumplir por lo menos con las cinco etapas siguientes:<sup>33</sup>

- a) integración de información y definición de acuerdos básicos: es decir, incorporar los expedientes o documentos que contengan la información necesaria para ser sometida a diálogo, acompañado de un diagnóstico previo que permita conocer la diversidad cultural de la región;
- b) diseño y programación de la consulta, señalando actores del proceso, los cuales deberán ser parte del establecimiento del modelo de consulta a seguir, así como de acordar las modalidades (simposios, talleres, entrevistas, entre otros);
- c) aplicación a través del equipo técnico y de un comité técnico asesor, en donde se implementará el proceso de diálogo deliberando la información proporcionada en la primera etapa;
- d) reintegración de resultados, con la finalidad de precisar los compromisos adquiridos y devolver los resultados a quienes fueron consultados, y
- e) seguimiento y evaluación, ya que debería realizarse una evaluación periódica del funcionamiento de los mecanismos de consulta, con la participación de los pueblos interesados a fin de continuar mejorando su eficacia.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Documento normativo para la realización de consultas aprobado por el Consejo Consultivo de la Comisión, septiembre de 2005, p. 27.

<sup>34</sup> Observación General 2010/81 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Comisión de Expertos de 2010, p. 7.

#### IV. LEYES MARCO EN MATERIA DE CONSULTA INDÍGENA

La consulta indígena cuenta con fuentes tanto a nivel internacional como nacional. Particularmente, el sistema de Naciones Unidas es de donde se recoge la mayor parte de pronunciamientos sobre el tema, como el Convenio 169 de la OIT adoptado en Ginebra en 1989, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y las Observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Además, existen otro tipo de fuentes de carácter internacional como son los informes de los relatores especiales de las Naciones Unidas sobre derechos humanos y las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas.

En primer lugar, la DNUDPI menciona la obligación de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados, a través de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre e informado,<sup>35</sup> o bien de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos.<sup>36</sup>

Asimismo, el derecho a la consulta tiene una relación directa con el derecho a la participación contemplado en el PIDCP al mencionarse que todos los ciudadanos gozarán del derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, de manera directa o por medio de representantes libremente elegidos.<sup>37</sup>

Sin embargo, el ordenamiento internacional de mayor relevancia normativa en esta materia es el Convenio 169 de la OIT, al mencionar en su articulado mayores elementos interpretati-

---

<sup>35</sup> Artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>36</sup> *Ibidem*, artículo 32.

<sup>37</sup> Artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

vos con relación a la obligación de los gobiernos a consultar a los pueblos interesados. En este punto, cabe señalar que dicho Convenio establece, además de la obligación de consulta en el sentido amplio de la DNUDPI, los requisitos mínimos que ésta debe satisfacer, su aplicación en los planes de desarrollo, en el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos, en la preservación de su medio ambiente, la protección de sus recursos naturales, minerales y tierras, respecto al establecimiento de sus medios y contenidos educativos y en la instrucción de su lengua.

A nivel nacional, el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce la composición pluricultural de la nación a través de un listado de derechos reconocidos a los pueblos y comunidades indígenas, entre los cuales se reconoce el deber de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes estatales de las entidades federativas.<sup>38</sup>

Adicionalmente, el derecho doméstico prevé este derecho en diversos ordenamientos, como las Constituciones locales,<sup>39</sup> la legislación federal,<sup>40</sup> la estatal<sup>41</sup> y los protocolos institucionales que incorporan requisitos de consulta, por ejemplo el Protocolo de

---

<sup>38</sup> Artículo 2o., fracción IX, del apartado B de la Constitución Política.

<sup>39</sup> El reconocimiento al derecho a la consulta se encuentra en las Constituciones de 25 entidades federativas: Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán. Por otro lado, siete entidades federativas no contemplan el reconocimiento de este derecho: Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Ciudad de México, Tamaulipas, Sinaloa y Zacatecas.

<sup>40</sup> Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (art. 3), Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas (art. 7), Ley de Planeación (art. 1), Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (art. 158), Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (art. 108), Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (art. 61), Ley de Industria Eléctrica (art. 119).

<sup>41</sup> Sonora y San Luis Potosí tienen leyes de consulta indígena.

Implementación de Consultas del INPI o los protocolos de la Secretaría de Energía producto de la reforma energética.

Además, con la firma del Pacto por México en 2012 y las reformas estructurales, se incluyó el derecho a la consulta en la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica y la Ley de Energía Geotérmica, estableciéndose la obligación de realizar una Evaluación de Impacto Social, prevista en el capítulo V de la Ley de Hidrocarburos y en el artículo 119 de la Ley de Industria Eléctrica, así como el deber de establecer el diálogo con las comunidades previo a obtener un permiso o una autorización en la materia.

En el ámbito local, la Constitución Política del Estado de Morelos en su artículo 2 bis reconoce la presencia de pueblos y comunidades indígenas, admitiendo que garantizará la riqueza de sus costumbres y tradiciones; territorio, lengua y patrimonio cultural, medicina tradicional y acceso a recursos naturales, así como su autonomía, libre determinación, sistemas normativos y el acceso a la consulta.

De igual manera, el numeral 124 de la Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos, reconoce que las obras y proyectos que promueva el Estado, las organizaciones o los particulares que impacten a los pueblos y comunidades indígenas en sus recursos naturales, deberán ser discutidos, analizados y consensados previamente con dichos pueblos y comunidades. No obstante, la misma Ley contiene observaciones a ciertos artículos, como es el caso de la observación número 8, que señala:

El contenido del artículo 124 de la Ley observada, no es procedente y excede lo dispuesto por la Constitución federal, debido a que la obligación de consultar a los pueblos y comunidades indígenas en las obras y proyectos que impacten los recursos naturales de los mismos puede devenir en un obstáculo para la realización de varios proyectos, sobre todo porque no se señala con claridad que habrá de entenderse por sus recursos naturales y además debe re-

cordarse que la obligación de consulta a dichos pueblos y comunidades, en términos de la fracción IX del apartado B del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es sólo para la formulación de los planes nacional y estatal del desarrollo.<sup>42</sup>

Lo anterior resulta regresivo según los planteamientos internacionales en el tema, al pretender prever esta figura exclusivamente para la elaboración de directrices administrativas, como es el caso de los planes de desarrollo.

La misma situación se presenta a nivel nacional, ya que de acuerdo con los estudios realizados por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre México,<sup>43</sup> en principio no existe una reglamentación sistematizada sobre este derecho, lo cual repercute en una caracterización vaga de la obligación para quien resulte conveniente, asimismo, las protestas de los pueblos indígenas resulta en criminalización y agresiones de quienes han buscado defender sus tierras y, finalmente, los procesos tienden a dividir a las comunidades, fragmentando el tejido social.

El limbo normativo en materia de consulta, y la falta de claridad respecto de sus componentes, ha sido la razón de múltiples litigios alrededor del país, ya que en los procesos no se respeta que ésta sea previa e informada, no se cuenta claramente con reglas de actuación que respeten la autonomía, el impacto social y ambiental de los proyectos, factores que generan incertidumbre jurídica para los territorios indígenas.

De manera que, a pesar de que el derecho a la consulta es un derecho humano colectivo tutelado convencionalmente, la Constitución federal, la local y la legislación en comento vulneran de

---

<sup>42</sup> Observación Número 8 del Ejecutivo del Estado de la Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades y Pueblos Indígenas del Estado de Morelos.

<sup>43</sup> Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*, Costa Rica, 2016, p. 47.

manera notoria las obligaciones adquiridas por el Estado mexicano respecto de la realización de la consulta indígena en todas las medidas que puedan afectar el goce de sus derechos.

## V. EL PROYECTO INTEGRAL MORELOS

El Proyecto Integral Morelos es un megaproyecto<sup>44</sup> conformado por dos termoeléctricas, un gasoducto y un acueducto que fue planteado desde 2010 con la previsión de atravesar el territorio de 27 municipios entre los estados de Tlaxcala, Puebla y Morelos y que fue concesionado a tres empresas españolas.

La población aproximada en la zona es de 960,863 habitantes con cerca de 37 pueblos originarios y 38 comunidades de interés por contar con más de 150 habitantes indígenas,<sup>45</sup> de los cuales 16 localidades (diez en el municipio de Ayala, dos en Cuautla, una en Jantetelco y tres en Yecapixtla) pertenecen al estado de Morelos.

Para el manejo de las solicitudes de impacto ambiental,<sup>46</sup> requisito estipulado tanto en la Ley General del Equilibrio Ecológico como en su Reglamento, dicho Proyecto se clasificó en dos

---

<sup>44</sup> Lo que diferencia a un proyecto de inversión de los denominados megaproyectos es su planteamiento a gran escala, es decir, los segundos abarcan una extensión territorial mucho más amplia y, por lo tanto, la intensidad económica es mayor, aun cuando en ambos supuestos se desaten procesos radicales de transformación.

<sup>45</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Recomendación No. 3/2018 sobre el caso de violaciones a los derechos a la consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada para pueblos y comunidades indígenas y a la información, en relación con el Proyecto Integral Morelos*, febrero de 2018, pfo. 110.

<sup>46</sup> Es el procedimiento a través del cual la Secretaría establece las condiciones a que se sujetará la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, a fin de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente, véase artículo 28 de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.

manifestaciones: una de impacto ambiental, correspondiente al gasoducto,<sup>47</sup> y otra respecto de la construcción de las dos termoelectricas y el acueducto.<sup>48</sup>

Respecto al gasoducto, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) consultó al Centro Nacional de Prevención de Desastres (Cenapred), quien en ejercicio de sus funciones técnicas determinó que dicha construcción era inviable por ubicarse dentro de la zona de riesgo volcánico en la zona del Popocatepetl. Es bien sabido que desde 2018, esta zona ha tenido un incremento en su actividad volcánica, razón que sustenta la peligrosidad de realizar obras en dicha área. Asimismo, de acuerdo con el Servicio Geológico Mexicano, el estado de Morelos es considerado zona sísmica.<sup>49</sup>

De acuerdo con estudios del Centro Universitario para la Prevención de Desastres Regionales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, quien fungió como *amicus curiae*, el proyecto Gasoducto Morelos:

Viola el Programa de Ordenamiento Ecológico Regional del Estado aprobado y vigente, porque establece condiciones de peligro para la población adicional al peligro eruptivo, y sobre todo incentiva la expansión de la mancha urbana y el exponencial aumento de la presión sobre bienes ambientales como el agua y el suelo. El Proyecto Integral Morelos estará expuesto a fenómenos eruptivos que no están considerados en las Manifestaciones de Impacto Ambiental, y propiciará cambios indeseados en el uso de suelo en la región que afecta; estamos ante un escenario de construcción del riesgo relacionado con la actividad eruptiva y

---

<sup>47</sup> Manifestación de Impacto Ambiental con clave 21PU2011G0009.

<sup>48</sup> Manifestación de Impacto Ambiental con clave 17MO2011E0001.

<sup>49</sup> De acuerdo con el Servicio Geológico Mexicano, Morelos es uno de los estados pertenecientes a la zona B y C (intermedias) de actividad sísmica en México, véase el mapa de zonas sísmicas en México, disponible en: <https://www.sgm.gob.mx/Web/MuseoVirtual/Riesgos-geologicos/Sismologia-de-Mexico.html>

con el aumento de la presión sobre los bienes ambientales que la Sierra Nevada brinda a los valles y cuencas circundantes.<sup>50</sup>

A pesar de dichas observaciones, la Semarnat emitió la evaluación de impacto ambiental en el sentido de autorizar la realización de la obra de manera condicionada<sup>51</sup> a la realización de acciones de conservación de flora y fauna<sup>52</sup> y respetar las medidas de mitigación y compensación establecidas en la MIA de dicha obra.

Con relación al acueducto, observando la Evaluación de Impacto Ambiental correspondiente a este proyecto y a la termoelectrica, es posible señalar que las futuras consecuencias dañinas se resumen en:

La producción de ozono por la combinación del bióxido de nitrógeno de las termoeléctricas, con el isopreno natural de las plantaciones de sorgo,<sup>53</sup> así como la Semarnat evidencia el manejo de gas natural y gas cloro por día que rebasa la cantidad permitida en el Listado de Actividades Altamente Riesgosas,<sup>54</sup> los cuales en caso de derrame o fuga, aparte de ser excesivos en cantidad diaria

---

<sup>50</sup> López García, Alejandra y otros, *Proyecto Integral Morelos vs. Planeación territorial Izta-Popo*, disponible en: [http://www.conanp.gob.mx/conanp/dominios/iztapopo/documentos/SIMPOSIO\\_IZTA-POPO\\_2014/PT/PT3.pdf](http://www.conanp.gob.mx/conanp/dominios/iztapopo/documentos/SIMPOSIO_IZTA-POPO_2014/PT/PT3.pdf).

<sup>51</sup> De acuerdo con la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la evaluación de impacto al medio ambiente puede ser autorizada de manera simple y llana, o bien de manera condicionada a modificaciones o al establecimiento de medidas adicionales de prevención y mitigación o, en su caso, negadas.

<sup>52</sup> Condicionantes 2 y 3 de la Manifestación de Impacto Ambiental del 29 de septiembre de 2011 de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

<sup>53</sup> Dictamen con punto de acuerdo por el que se solicita al director general de la Comisión Federal de Electricidad y al titular de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, para que en el ámbito de sus atribuciones informen a esta soberanía sobre el estado actual del Proyecto Integral Morelos de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión del 13 de mayo de 2014.

<sup>54</sup> *Diario Oficial de la Federación* de 4 de mayo de 1992.

se estarían manejando en distancias muy próximas a la comunidad de Huexca, causando afectaciones a la salud. Asimismo, el agua almacenada si llega a combinarse con dichas sustancias, provocaría que la tierra se desmineralice y las cosechas o sembradíos de la zona se verían altamente perjudicados.

Por otra parte, aun cuando se establezca que el proyecto no contraviene los usos de suelo establecidos en los ordenamientos de la zona,<sup>55</sup> de acuerdo con información de entrevistas realizadas a integrantes del Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra y el Agua de Tlaxcala, Puebla y Morelos, la tierra del lugar cuenta con cultivos de los cuales la gente siembra, cosecha y come.<sup>56</sup>

Independiente de las afectaciones claras al medio ambiente y al agua, la ejecución del Proyecto también vulnera otros derechos como la vida e integridad de los defensores de derechos humanos y de los habitantes de las comunidades, la libre determinación de esos pueblos, su desarrollo económico y social, la tenencia de la tierra, la libertad laboral campesina y el derecho a la información y consulta.

En relación con este último, en ninguno de los tres estados se consultó a los habitantes de las comunidades, ni se notificó a los propietarios de los terrenos que serían afectados por la construcción de la obra, que se inició en mayo de 2011. Asimismo, ni las empresas extranjeras que operan el Proyecto, ni la Comisión Federal de Electricidad (CFE) comunicaron a la población en general los detalles del Proyecto, del mismo modo que omitieron informar a los organismos estatales o municipales de protección civil sobre los riesgos que la construcción de esta obra implicaría,

---

<sup>55</sup> Programa de Ordenación de la Zona Conurbada Intermunicipal en su modalidad de Centro de Población de Cuautla, Ayala, Yecapixtla y Atlatlahuacan (CAYA) de 2009, el Programa Municipal de Desarrollo Sustentable de Ayala, el Programa de Ordenamiento Ecológico Regional del Volcán Popocatepetl y su Zona de Influencia de 2009, el Programa de Ordenamiento Ecológico del Territorio del Municipio de Cuautla, Morelos, de 2008.

<sup>56</sup> Nota periodística disponible en: <https://desinformemonos.org/sesenta-pueblos-de-morelos-se-organizan-contr-una-termoelectrica/>, consultada el 2 de enero de 2019.

así como de los peligros asociados a la operación de una instalación estratégica que transportará 9 mil 61 millones de litros de gas metano diariamente a menos de dos metros de profundidad.<sup>57</sup>

De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en su Recomendación núm. 3/2018, específicamente en el tema de consulta de este proyecto se encontraron las siguientes violaciones:

1. Falta de coordinación interinstitucional respecto de la implementación del procedimiento de la consulta previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada en los planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudiera tener un impacto mayor en los territorios indígenas o cuando se trate de actividades que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.<sup>58</sup>
2. La omisión de la Semarnat y de la CFE de solicitar el apoyo de la CDI (ahora INPI) para implementar el proceso de consulta.
3. La inobservancia de la normativa constitucional y convencional sobre la obligación de consultar a los pueblos indígenas al determinar unilateralmente que no era necesario llevarla a cabo.
4. La Semarnat señaló el cumplimiento de hacer pública la información relacionada con el proyecto al manifestarlo vía electrónica a través de su sitio web, lo cual representa una verdadera violación al derecho de acceso a la información, toda vez que no todas las personas tienen la posibilidad de buscar a través de medios electrónicos ni cuentan con conexión a Internet, mucho menos en el caso de los habitantes de comunidades indígenas.

---

<sup>57</sup> *Gaceta Parlamentaria*, núm. 3746-VII, 11 de abril de 2013.

<sup>58</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos, *op. cit.*, pfo. 189.2.

5. De la CDI (ahora INPI) la omisión de implementar el Sistema de Consulta y Participación Indígena aun cuando su intervención no fue solicitada de manera formal, si entablaban reuniones con indígenas de la zona de Nealtican, Puebla, por lo que dicha instancia tenía conocimiento de la situación por medios directos.

Como consecuencia, se han impulsado diversos instrumentos legales<sup>59</sup> con la finalidad de dar una pausa definitiva al Proyecto. En primer lugar, se obtuvo la suspensión del acueducto por parte de los ejidos de Ayala, después por el otorgamiento del amparo por el derecho a la consulta indígena a las comunidades de Atlixco, Puebla,<sup>60</sup> y en febrero de 2018 el juez federal del Primer Distrito, bajo el principio de apariencia del buen derecho, concedió la suspensión del gasoducto a cargo de la Compañía Autoabastecedora de Gas Natural de Morelos, S. A., de la construcción y funcionamiento del gasoducto industrial, toda vez que éste puede afectar los derechos de la comunidad de Huexca.<sup>61</sup>

En la actualidad, el Proyecto Integral Morelos continúa en pie a pesar de existir procesos judiciales sin culminar, bajo el argumento de haberse sometido a una supuesta consulta pública.

---

<sup>59</sup> Amparo 1248/2013 contra el acueducto interpuesto por habitantes de Ayala, Morelos, Amparo 402/2015 por violaciones al derecho a la consulta de comunidades indígenas del municipio de Atlixco, Puebla, y el Amparo 1798/2017 contra la construcción del gasoducto por habitantes de la comunidad de Huexca, Morelos.

<sup>60</sup> Nota periodística disponible en: <https://desinformemonos.org/juez-ordena-suspension-del-segundo-gasoducto-del-proyecto-integral-morelos/>, consultada el 4 de enero de 2019.

<sup>61</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/2018/02/20/juez-ordena-suspension-de-gasoducto-en-morelos-6160.html>, consultada el 4 de enero de 2019.

## VI. LA AUTOPISTA DE TEPOZTLÁN

Un caso más relacionado con proyectos de inversión y consulta indígena en el estado de Morelos es la ampliación de la autopista La Pera-Cuautla. El territorio donde se pretende realizar este proyecto se encuentra dentro de los límites de dos zonas protegidas: el Parque Nacional el Tepozteco y el Corredor Biológico Ajusco-Chichinautzin, ambas protegidas mediante decretos presidenciales de 1937 y 1988, respectivamente, y forman parte del Sistema Nacional de Áreas Protegidas (SINAP).

Asimismo, los planos del proyecto han dejado al descubierto que la ruta de construcción pasa a través de dos tipos de territorios: ejidal y comunal, los cuales requieren del otorgamiento de un convenio de ocupación o de la autorización en asamblea para la construcción del proyecto. En el caso del territorio comunal donde se llevan a cabo los hechos relatados, existe información periodística que señala que no hubo autorización de asamblea y, por cuanto al territorio ejidal, los documentos indican que se autorizó con una asamblea ilegal con el voto de 39 ejidatarios, de los 7,020 que integran el padrón ejidal.<sup>62</sup>

A pesar que desde 2013 comenzó la tala de árboles en la zona cercana a los primeros tramos de la obra, entre ellos dos ejemplares milenarios de la especie de ahuehuete, el Frente en Defensa de Tepoztlán señaló que ninguna autoridad entregó (ni ha entregado) la información acerca del proyecto; el procedimiento no fue el apropiado ni realizado a través de instituciones representativas, así como el señalamiento de utilizar ilegalmente datos personales para elaborar listas nominales.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> CENCOS, Comunicación para el cambio social, disponible en: <https://cencos.wordpress.com/2013/07/30/exigen-osc-se-detenga-de-inmediato-la-ampliacion-de-autopista-la-pera-cuautla-y-se-establezca-un-dialogo-publico-real-con-los-afectados/>.

<sup>63</sup> Frente en Defensa de Tepoztlán, disponible en: <https://subversiones.org/archivos/6402>.

El tema es de trascendencia toda vez que, en Tepoztlán, municipio donde han comenzado las primeras acciones de la obra, se han presentado diversos disturbios sociales como toma de casetas, bloqueo a los accesos del pueblo, altercados entre pobladores y fuerzas policiacas, así como plantones frente a distintas dependencias de gobierno. Cabe destacar que en Tepoztlán existen asentamientos de cinco comunidades de población indígena,<sup>64</sup> de las cuales 1,721 personas hablan náhuatl y mixteco.<sup>65</sup>

En relación con el proceso de desahogo del proyecto, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa) afirma haber realizado visitas de inspección determinando que el proyecto de modernización cumple con las autorizaciones en materia de Impacto Ambiental<sup>66</sup> y Cambio de Uso de Suelo<sup>67</sup> en Terrenos Forestales.<sup>68</sup>

Por parte de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT), quien tiene la intención de realizar la obra, fueron entregadas cinco cajas con información sobre el impacto que tendrá la ampliación de la autopista La Pera-Cuautla de dos a cuatro carriles, pero no se incluyó el estudio técnico justificativo ni la Manifestación de Impacto Ambiental, como tampoco los permisos de dicha obra, sólo carpetas del proyecto ejecutivo.<sup>69</sup>

De forma paralela, el Instituto Nacional de Antropología e Historia Centro Morelos<sup>70</sup> emitió un reporte donde explica que

---

<sup>64</sup> Estas comunidades son: Amatlán de Quetzalcóatl, San Andrés de la Cal, Santo Domingo Ocotitlán, San Juan Tlacotenco, Ixcatepec.

<sup>65</sup> Decreto Número 2148 por el que se crea el Catálogo de Pueblos y Comunidades Indígenas para el Estado Libre y Soberano de Morelos.

<sup>66</sup> S.G.P.A./D.G.I.R.A./D.G./5887 del 4 de agosto de 2011.

<sup>67</sup> S.G.P.A./D.G.G.F.S./1203/17 del 21 de abril de 2017.

<sup>68</sup> Comunicado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente sobre el Proyecto de Modernización de la Carretera La Pera-Cuautla del 27 de mayo de 2017.

<sup>69</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.jornada.com.mx/2017/06/28/estados/025n1est>.

<sup>70</sup> Oficio 401.F(6)93.2011/DJ-041 de fecha julio 28 de 2011 del Centro INAH Morelos.

en caso de que esta ampliación se realice, será necesario instrumentar un proyecto de salvamento arqueológico, ya que existe arquitectura prehispánica en la zona de Tlaxomolco, zona arqueológica del municipio de Tepoztlán, afectándose derechos a la cultura y al territorio.

A través de la revisión de la documentación disponible y pública sobre este proyecto, se observa que son múltiples las inconsistencias en su proceso. Por ejemplo, está en duda la veracidad del permiso de la Asamblea de Comuneros para la realización del proyecto, ya que se estarían violando dos decretos presidenciales (el del Parque Nacional El Tepozteco y del Corredor Biológico Ajusco-Chichinautzin), así como la omisión de realizar la consulta acorde con los estándares del Convenio 169 de la OIT con los habitantes de la zona.

De los intentos jurídicos realizados, se presentó el recurso de amparo 1466/2013 que fue desechado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Decimoctavo Circuito, bajo el argumento de que los comuneros no contaban con interés legítimo para el mismo. Posteriormente, fue presentado el Juicio de Amparo 588/2017 por el Juzgado Séptimo, promovido contra la Semarnat y su Dirección de Impacto y Riesgo Ambiental, así como la SCT bajo los fundamentos de violaciones al debido proceso y a la omisión de consultar a los pueblos originarios sobre el proyecto.

Actualmente, a pesar de los procesos anteriormente mencionados y de algunos conflictos contractuales entre la empresa y las constructoras a finales del 2018, el proyecto presenta avances del 70%.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> Nota periodística disponible en: <https://www.launion.com.mx/morelos/sociedad/noticias/133239-se-reanudaron-los-trabajos-de-ampliacion-de-la-autopista-a-cuautla.html>.

## VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

El derecho a la consulta es un derecho humano de naturaleza colectiva reconocido constitucional y convencionalmente. Los estándares internacionales contenidos en los distintos ordenamientos de carácter vinculante y de *soft law*, pero orientadores, han servido de pauta para poder definir sus alcances y las obligaciones que éste genera a los Estados parte.

El tema en México es importante, ya que el proceso de globalización económica ha incrementado el número de proyectos de inversión o megaproyectos alrededor del país, del cual el estado de Morelos no es la excepción.

Con base en lo anteriormente expuesto, ha quedado demostrado que son múltiples los obstáculos que se presentan para el ejercicio del derecho a la consulta, por lo cual se proponen las siguientes soluciones:

1. Respetar los procesos de consulta establecidos a nivel convencional, en los cuales se establecen las modalidades para elaborarla, sus etapas, los formatos de cuestionamientos planteados a los participantes, así como un proceso de seguimiento y evaluación a los resultados.
2. Respetar las particularidades culturales, como el idioma, las estructuras internas de organización, modalidades de convocatoria, entre otras.
3. Hacer pública y de forma completa y veraz toda la documentación relacionada con el proyecto de inversión a los participantes, respetando el principio de buena fe.
4. Realizar procesos libres, ya que existe evidencia de hostigamiento y amenazas a los miembros de las comunidades o de quienes fungen como sus defensores.
5. Acreditar a los representantes de las comunidades, quienes deben contar con las validaciones internas adoptadas por cada pueblo indígena, con la finalidad de cumplir con el mandato designado.

6. Buscar el acuerdo o el consentimiento de las comunidades, considerándose que éste es el objetivo final del proceso de consulta, el cual es una formalidad del mismo, siendo menester lograrse para la realización del proyecto.
7. Finalmente, verificar el cumplimiento de los acuerdos logrados a través de comités de vigilancia conformados por personas tanto de la comunidad como de las autoridades involucradas.

En síntesis, la tutela del derecho humano colectivo a la consulta indígena muestra un panorama desafortunado a pesar de su reconocimiento normativo y de la pluralidad cultural que caracteriza a la población hoy en día.

## VIII. FUENTES DE INFORMACIÓN

CNDH, *El derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas*, México, 2018.

CENCOS, Comunicación para el cambio social, disponible en: [https://cencos.wordpress.com/2013/07/30/exigen-osc-se-detenga-de-inmediato-la ampliacion-de-autopista-la-pera-cuautla-y-se-establezca-un-dialogo-publico-real-con-los-afectados/](https://cencos.wordpress.com/2013/07/30/exigen-osc-se-detenga-de-inmediato-la-ampliacion-de-autopista-la-pera-cuautla-y-se-establezca-un-dialogo-publico-real-con-los-afectados/).

Comunicado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente sobre el Proyecto de Modernización de la carretera La Pera-Cuautla del 27 de mayo de 2017.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Los derechos colectivos indígenas y su desarrollo en la Constitución de 1917”, en ESQUIVEL, Gerardo *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. III: *Estudios económicos y sociales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco, “El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa: desarrollo, dificultades y desafíos”,

- Revista Pensamiento Constitucional*, núm. 21, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.
- Frente en Defensa de Tepoztlán, disponible en: <https://subversiones.org/archivos/6402>.
- Fundación Cambio Climático, *Participación de pueblos indígenas en Argentina: derecho a la consulta previa y al consentimiento libre previo e informado. Documento de recomendaciones y desafíos para su implementación*, Argentina, 2014.
- GATICA POLCO, Daniel, “El territorio de los pueblos originarios frente a la lógica del neoliberalismo”, *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, vol. 1, Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias, 2015.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*, Costa Rica, 2016.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- NIETO CASTILLO, María, “Identidad y autoadscripción: una aproximación conceptual”, *Revista Ciencia Jurídica*, año 5, núm. 9, Universidad de Guanajuato, 2016.
- OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: Una guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT*, Departamento de Normas Internacionales, 2009.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, “Los derechos e intereses colectivos como derechos fundamentales”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. 33, núm. 33, 2007.
- SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, 2a. ed., México, 2014.
- YRIGOYEN Z., Raquel, *De la tutela indígena a la libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2009.

## LHAKA HONHAT VS. ARGENTINA: ANÁLISIS EN EL MARCO DEL RECONOCIMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Lizeth Juliana GARCÍA ATRA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Tratamiento del derecho a la propiedad privada y comunal por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* III. *Derecho a la propiedad comunal y su efectiva protección a través del artículo 21 de la CADH: a propósito de la jurisprudencia expedida por la CIDH.* IV. *Sentencia Lakha Honhat vs. Argentina: un giro en la omnicomprensión del derecho a la propiedad contenido en el artículo 21 de la CADH.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

RESUMEN: Se ha pretendido la protección legal y jurisprudencial al derecho a la propiedad comunal de los pueblos y comunidades indígenas y tribales; en efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expedido sentencias en esa dirección, amparada en el artículo 21 contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), así como en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y otros tratados de orden internacional, firmados y ratificados por el grueso de los países latinoamericanos. No obstante, en el análisis del caso *Lakha Honhat vs. Argentina*, el enunciado tribunal centró su discurso en las prerrogativas contenidas en el artículo 26 de la CADH, con el propósito de evidenciar la presunta vulneración de los derechos al agua,

---

\* Maestra en derecho y estudiante de doctorado en derecho y globalización en la UAEM.

medio ambiente sano, participación cultural y alimentación, situación que varió significativamente la posición uniforme que a este respecto se había tenido hasta 2020, ya que pudo obviarse el tratamiento jurisprudencial y garantía material de derechos de los pueblos indígenas (concretamente, al omitirse el análisis de las implicaciones prácticas de dicha mutación). Como evidenciará el presente artículo, al centrar su discurso en el artículo 26 y referirse someramente al artículo 21, la Corte pudo desconocer el tratamiento especial que debía dársele a las comunidades indígenas y la necesaria triangulación de los factores antropológicos, jurídicos y sociales en el caso concreto. Además, pudo propiciar un cambio en la interpretación de los derechos a la tierra y al territorio en el sistema interamericano de derechos humanos. Es oportuno señalar que se empleó el método deductivo, toda vez que se procuró un análisis del fenómeno estudiado, de lo general a lo particular.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente escrito se pretende el abordaje del derecho a la propiedad comunal indígena a propósito de las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia; en efecto, se analizarán someramente tres precedentes importantes en los que se mantuvo una posición proteccionista en los términos del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a saber: *Comunidad Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* y *Pueblo Saramaka vs. Surinam*; asimismo, un cambio de postura por parte de la precitada Corte en la Sentencia de las Comunidades indígenas miembros de la *Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina* y sus implicaciones en la práctica.

## II. TRATAMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD PRIVADA Y COMUNAL POR PARTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), los nominados derechos de propiedad de pueblos indígenas y tribales sobre los territorios equivalen a los derechos de propiedad privada no indígena, en concordancia con el nominado deber de no discriminación contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).<sup>1</sup> Los Estados están en la obligación de prever mecanismos de orden legal que permitan la protección y aclaración de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales, tal como se protegería el derecho a la propiedad en cualquier sistema jurídico convencional.

Se vulneran los derechos de estos pueblos en los eventos en que no se les otorgue la protección requerida para el ejercicio del derecho a la propiedad equitativa y plenamente con los demás integrantes de la sociedad, según se evidenció en el caso de Mary y Carrie Dann (evento en el que se mostró que el pueblo Shoshone Occidental había sido expropiado forzosamente de la tierra, con ausencia absoluta de las garantías que sobre el particular se consagraban en la Constitución Política de los Estados Unidos de América, específicamente tratándose de la privación abusiva del derecho a la propiedad).<sup>2</sup>

La Corte ha hecho hincapié en la existencia de un vínculo entre pueblos indígenas, tierras y recursos con su existencia; se desprende así un deber de los Estados en términos de la garantía

---

<sup>1</sup> Esta obligación de no discriminación está incluida en el grupo de obligaciones previstas por el artículo 1.1. de la Convención Americana que refiere que los Estados parte deben garantizar y respetar los derechos humanos sin ningún tipo de discriminación, en González Andrés, Sanabria, J., “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Bogotá, vol. 8, núm. 2, p. 51

<sup>2</sup> CIDH, Informe núm. 75/02, Caso 11.140, *Mary y Carrie Dann, Estados Unidos*, 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

de sobrevivencia cultural, social y económica; esta subsistencia también favorece el goce y disfrute de la tierra, así como la realización de sus derechos humanos;<sup>3</sup> además, se explica esta conexión en la medida en que las comunidades indígenas se construyen con fundamento en una relación intrínseca con la tierra, misma que les proporciona seguridad individual y colectiva y que les permite la manutención de la integridad comunitaria.<sup>4</sup> Recuérdese además que la relación de estas comunidades con la tierra no está solamente asociada a la producción y posesión, sino que es un elemento físico y espiritual respecto del cual deben tener un goce pleno<sup>5</sup> con el propósito de conservar su cultura (que atiende a un modo particular de vida cimentado en sus territorios tradicionales y recursos) y transferirla a las demás generaciones.

Con relación a la propiedad comunitaria (entendida históricamente como un derecho real de dominio)<sup>6</sup> debe tenerse en cuenta la conexión de la tierra con expresiones, tradiciones orales, artes, lenguas, costumbres, rituales, atuendo, valores, filosofía y el derecho consuetudinario. La CoIDH ha referido que la propiedad territorial es un derecho que tiene como titulares a personas individuales que integran pueblos tribales o indígenas y que

---

<sup>3</sup> CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114.

<sup>4</sup> CIDH, *Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú*, 2 de junio de 2000, capítulo X, párr. 16.

<sup>5</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm#:~:text=65.,de%20los%20Estados%5B177%5D>, consultado el 25 de enero de 2021.

<sup>6</sup> Sin embargo, en el decir de Juan Fernández, asimilar esta posesión “al tipo jurídico clásico, decimonónico y exclusivista del derecho real de dominio resulta disfuncional para garantizar el progresivo empoderamiento de la totalidad de los integrantes de un pueblo indígena”, en Fernández, Juan, *La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo*, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCOma, p. 92, disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68635/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68635/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

se desenvuelven en sistemas de propiedad comunal. Asimismo, el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas es colectivo; este último aspecto está relacionado con el espectro individual del derecho y alude a la conexión que existe entre los pueblos indígenas con recursos y territorios, cuya preservación es indispensable para una efectiva realización de sus derechos humanos.

La comunidad indígena debe ser vista como un todo,<sup>7</sup> en especial cuando existe una tradición comunitaria y el dominio y posesión de las tierras no se ajusta a una noción clásica de propiedad; debe garantizarse su protección por la existencia de disposiciones normativas como la contenida en el artículo 21 de la CADH. Un desconocimiento del derecho al goce y uso de los bienes conforme a la cultura, creencias o usos y costumbres implicaría reconocer erróneamente la existencia de una forma única de disponer y usar los bienes, lo que parcializaría la protección de este derecho para un número importante de personas. Téngase en cuenta además que como el respeto de los derechos colectivos (en términos de propiedad) de los pueblos indígenas sobre tierras y territorios ancestrales ha sido previsto como una obligación de los Estados, su vulneración podría conducir a responsabilidad internacional.

Además, el carácter colectivo del derecho a la propiedad sobre tierras y territorios ancestrales del cual gozan los indígenas ha intentado ampararse a través de algunos de los derechos previstos tanto en la CADH (propiedad colectiva contenida en el artículo 21) como en la Declaración Americana de Derechos Humanos (con una protección amplia de la propiedad en el artículo 23); igualmente, se ha pretendido la protección judicial efectiva de estos colectivos; véase el caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*,<sup>8</sup> decisión en la que la CoIDH enunció que la ausencia de

---

<sup>7</sup> CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004.

<sup>8</sup> CoIDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf), consultado el 16 de enero de 2021.

capacidad jurídica para el goce del derecho a la propiedad favorece que los indígenas permanezcan en una situación de vulnerabilidad no sólo frente al Estado, sino también respecto a terceros.

Se ha instado a los Estados que han firmado y ratificado estos instrumentos a la prevención de la colonización o invasión de los territorios indígenas por parte de terceros ajenos a la comunidad, así como al emprendimiento de las gestiones necesarias para reubicar a los “no indígenas” que allí se asienten. Lo expuesto se traduce en una priorización de los derechos de estos pueblos en el evento en que estos colisionen con los derechos de propiedad de terceros (poseedores de mala fe), con un pretendido goce efectivo de la propiedad comunal, misma que favorece el reconocimiento de una identidad cultural no estrictamente individual, sino comunal, conexas con los recursos y la tierra desde el punto de vista material y espiritual. Igualmente, deben incorporar medidas de carácter legislativo que atiendan a la concepción colectiva del pueblo y la premisa de goce y ejercicio del derecho a la propiedad de que son titulares los indígenas. Los integrantes de los pueblos indígenas y tribales gozan de derechos humanos previstos y reconocidos en el derecho internacional; de ahí que el goce del derecho a la propiedad privada desde la individualidad no debe colisionar con los derechos colectivos de los primeros. Es importante también que el régimen jurídico asociado al uso y distribución de tierras comunales tenga correspondencia con el derecho consuetudinario, usos y costumbres, así como los valores de los pueblos indígenas.

Delineado el tratamiento que la CoIDH ha dado a la propiedad privada y comunal, procede el análisis concreto de tres precedentes jurisprudenciales en que se evidencia cómo esta instancia mantuvo una línea jurisprudencial uniforme en la que se vinculaba, sin atisbo de duda, los derechos de los pueblos y comunidades indígenas a la propiedad comunal al artículo 21 de la Convención.

### III. DERECHO A LA PROPIEDAD COMUNAL Y SU EFECTIVA PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 21 DE LA CADH: A PROPÓSITO DE LA JURISPRUDENCIA EXPEDIDA POR LA CIDH

Antes de proceder con el estudio jurisprudencial pretendido, valdría la pena aproximarse al contenido del artículo 21 de la CADH con relación a la propiedad; en efecto, la disposición normativa enunciada consagra lo siguiente:

Derecho a la propiedad privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley...<sup>9</sup>

De esta disposición se colige que todas las personas (sin excepción) tienen el derecho a usar y gozar de sus bienes y no ser privada de éstos, salvo casos concretos; esta norma ha sido empleada mayormente para proteger y salvaguardar los intereses de los integrantes de pueblos y comunidades indígenas respecto a la tierra y territorios ancestrales sobre las que ejercen la titularidad, en especial, atendiendo a una potencial situación de vulnerabilidad que se expande y recrudece en espacios en los que parece no haber desaparecido por completo los discursos colonizadores que perpetúan su concepción como una población subalterna.

En efecto, estos espacios se potencian en un escenario de globalización desigual, polarizado, que ha reforzado —e incluso, elevado— la distribución dispar de riquezas y poder en las naciones.

---

<sup>9</sup> DEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_b-32\\_convencion\\_americana\\_sobre\\_derechos\\_humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm), consultado el 15 de enero de 2021.

Pese a la existencia y consagración de derechos de los pueblos indígenas, se siguen presentando situaciones que los desconocen. Ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos la encargada de zanjar algunas discusiones con miras a la visibilización de estos colectivos (*v. gr.* caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, Sentencia de 5 de febrero de 2018;<sup>10</sup> caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Sentencia de 27 de junio de 2012;<sup>11</sup> caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, Sentencia de 8 de octubre de 2015,<sup>12</sup> entre otros).

No obstante, la jurisprudencia y leyes internacionales se muestran aún insuficientes de cara a las demandas reales de los pueblos indígenas, en especial cuando pocas veces apuntan al constructo de “derechos diferenciados en función del grupo desde cada una de las legislaciones nacionales”.<sup>13</sup>

Además, no se ha avanzado lo suficiente en el reconocimiento de los miembros de estos colectivos como verdaderos actores sociales que pugnan, “desde abajo”, por un sentido solidario mundial, especialmente, ante la existencia de la “jaula de hierro” del sistema de Estados-naciones, caracterizada por una estructura disimétrica de bloques y polos hegemónicos. Así las cosas,

---

<sup>10</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf).

<sup>11</sup> En esta oportunidad, el máximo tribunal se refirió a que la protección a la propiedad indígena supone la obligación estatal de adoptar medidas para la garantía a pueblos indígenas del ejercicio del derecho a los territorios usados y ocupados; véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, sentencia de 8 de octubre de 2015, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf).

<sup>13</sup> Ruiz, Osvaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, núm. 118, México, enero-abril de 2007.

debe darse al paso de una verdadera cultura global, enajenada de la dominancia de ciertos territorios del mundo.

¿Cómo podría concretarse este salto? Con el propósito de responder este interrogante, se traen a colación algunas reflexiones que, con relación al rompimiento del patrón hegemónico liberal, hace Boaventura de Sousa Santos; en su sentir, se precisa la renovación o mutación de instituciones de orden internacional —y local— que avalan la globalización neoliberal hegemónica;<sup>14</sup> interesa potenciar la intervención de organizaciones y movimientos contrahegemónicos, canalizados a través de redes transnacionales.<sup>15</sup>

Refiere que las comunidades “marginadas” se han movilizado pretendiendo el cambio y democratización de marcos de regulación internacionales y nacionales que los han excluido de espacios políticos; estos movimientos conformados —por supuesto— por pueblos indígenas y sectores vulnerados del sur global, también han acudido a redes de activistas y a jurisdicciones ordinarias buscando la reivindicación de sus derechos, en especial, en un contexto de globalización con escenarios viables y limitaciones, concretamente, en términos de materialización de luchas políticas contrahegemónicas.<sup>16</sup>

El debate que se suscita respecto a esta globalización neoliberal deber ir “más allá”, con miras a amplificar la voz de los que se considera han sido los grandes perdedores de este proceso (con independencia que se trate de indígenas, campesinos, inmigrantes o trabajadores explotados). Debe apuntarse a la puesta en

---

<sup>14</sup> Cfr. Castaño, Héctor, “Globalización neoliberal y recomposición de la hegemonía norteamericana”, *Economía y Desarrollo*, vol. 143, núm. 1, Cuba, Universidad de Cuba, enero-junio de 2008, p. 12.

<sup>15</sup> Cfr. Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Anthropos, 2007, p. 7.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 10.

marcha de una legalidad cosmopolita subalterna,<sup>17</sup> entendiendo que la misma implica un enfoque

... desde abajo del estudio del derecho en la globalización. En línea con su énfasis analítico sobre los estudios de caso detallados de las formas jurídicas y con su finalidad de aumentar el potencial de estas últimas, el cosmopolitismo subalterno reivindica una concepción del campo jurídico que sea adecuada para reconectar el derecho y la política e imaginar las instituciones jurídicas desde abajo...

Lo anterior permitirá comprender globalmente la actuación y forma de pensar *política* que soportan la globalización contra-hegemónica.

El asunto no se agota en el estudio de la globalización o el entendimiento de la gobernanza global,<sup>18</sup> las redes de colaboración, la demanda de necesidades institucionales dirigidas a la democratización, la inclusión de todos los actores “importantes” o la concepción de la política como un espacio abierto. Tampoco exclusivamente en la comprensión de una globalización —actualmente neoliberal, sí—, en la que se reconoce la existencia de grupos marginados<sup>19</sup> que representan el grueso de la población, sino de un pretendido imaginario colectivo de legalidad cosmopolita subalterna.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> Se recuerda que el cosmopolitismo subalterno implica un enfoque “(...) desde abajo del estudio del derecho en la globalización” conforme a lo expuesto por el mismo De Sousa Santos.

<sup>18</sup> Misma que “investiga la transformación del derecho ante un poder del Estado que se erosiona y frente a la descentralización de las actividades económicas transfronterizas; expresiones no estatales de regulación social, supuestamente capaces de gobernar mejor la economía global”, en Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 11.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 14.

<sup>20</sup> *Idem*.

Se busca también entender el nuevo orden económico-político social y la manera en que lo contrahegemónico se opone a los esquemas privatizadores y la invasión de las multinacionales, constituyéndose en el extremo crítico de los procesos mediante los cuales se logra la consolidación de normas globales jurídicas.<sup>21</sup> Como ejemplo de lo anterior, se tiene justamente las demandas interpuestas por los pueblos indígenas ante los organismos que componen el sistema interamericano de derechos humanos, buscando la protección de sus derechos a la tierra, el territorio, el respeto a sus usos y costumbres, su identidad, cosmovisiones, pluriculturalidad, multiculturalidad, inclusive, frente a presuntas omisiones en términos de consulta previa por parte de sus Estados.

Volviendo a la propuesta de legalidad cosmopolita subalterna de De Sousa, debe aclararse que el cosmopolitismo *lato sensu* apunta a la convivencia<sup>22</sup> y a diálogos entre distintos sitios que permiten que las personas ubicadas en lugares geográfica y culturalmente diferentes entiendan y encomien sus diferencias y busquen la concreción de sus propósitos. Sin embargo, en palabras del mismo autor, estas lógicas parecen no ser suficientes, en concreto, cuando se sigue reiterando el etnocentrismo reprochado, afectando el impulso de una percepción no occidentalizada de la dignidad humana o de los mismísimos derechos de los pueblos indígenas.<sup>23</sup>

Se requiere entonces un tipo diferente de cosmopolitismo, uno subalterno, enfocado en la inclusión social y con carácter

---

<sup>21</sup> Cfr. Rajagopal, Balakrishnan, *International Law from Below: Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 citado en Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 16.

<sup>22</sup> Entendido como “un conjunto de proyectos hacia la convivencia planetaria”, en Mignolo, Walter, “The Many Faces of Cosmo-Polis: Border Thinking and Critical Cosmopolitanism”, en Breckridge, Carol et al. (eds.), *Cosmopolitanism*, Duke University Press, citado por Boaventura De Sousa Santos.

<sup>23</sup> Cfr. Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 18.

contestatario,<sup>24</sup> una visión desde la mirada de los subalternos, de su comunidad. Es fundamental un análisis —desde abajo— del derecho en el marco de la globalización (y de sus instituciones jurídicas), reivindicando lo jurídico.

También debe ponerse a los actores sociales (indígenas, representados por sí mismos) más allá de lo estrictamente jurídico. No se trata simplemente de la edificación de un sistema internacional de derechos humanos como proyecto político a su favor, sino de la consolidación de un movimiento global edificado en la justicia social que reconozca la importancia del marco jurídico internacional, lo analice, critique y haga frente a los prejuicios liberales e individualistas, dando soluciones alternativas que se dirijan a la concepción colectiva de los derechos.<sup>25</sup>

No debe omitirse los desafíos a que se enfrentan los pueblos indígenas respecto a tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; *so pena* de su pretendida inclusión, ésta ha quedado en cabeza de cada uno de los Estados, siendo que debe establecerse un núcleo básico de estos derechos, pensados desde sus lógicas culturales, cosmovisión, multiculturalidad. Por último, debe repensarse, cuestionarse la globalización hegemónica-neoliberal expuesta por De Sousa Santos, dotando de fuerza a los indígenas como actores sociales y pretendiendo una aproximación siquiera mediana al modelo cosmopolita subalterno (por utópico que esto parezca parezca).

Hecha esta crítica, se hará alusión a uno de los primeros casos en que la CoIDH se refirió al artículo 21 de la Convención.

---

<sup>24</sup> Cfr. Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Legal Common Sense*, Londres, Butterworths, 2002, p. 460.

<sup>25</sup> Cfr. Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César, *El derecho y la globalización desde abajo*, cit., p. 24.

### 1. *Sentencia Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*<sup>26</sup>

Tal vez la sentencia sea uno de los precedentes jurisprudenciales más importantes de la CoIDH, no sólo por abordar el reconocimiento y protección de la propiedad comunal indígena, sino también porque se refirió al uso y goce de bienes por parte de las comunidades.

La CoIDH enunció que era evidente la existencia de normas que protegían y reconocían la propiedad comunal indígena en Nicaragua;<sup>27</sup> sin embargo, se advirtió que el Estado no contaba con un procedimiento adecuado para la titulación de la tierra comunal indígena ni se habían titulado tierras desde 1990, situación que reforzaba la idea de la ausencia de un procedimiento efectivo para la delimitación, demarcación y titulación de los territorios y tierras comunales indígenas. Se aludió expresamente a los bienes, entendidos éstos como cosas materiales apropiables<sup>28</sup> o aquello que pudiera conformar el patrimonio de un individuo (incluyendo muebles e inmuebles, elementos corpóreos e incorpóreos, así como cualquier otro objeto de carácter inmaterial con valor potencial).

Agotado este punto refirió que gracias a una interpretación escalonada de los instrumentos internacionales que pretenden la protección de los derechos humanos y teniendo en cuenta la previsión del artículo 29 (literal b de la Convención),<sup>29</sup> el artículo 21

---

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).

<sup>27</sup> Reforma a la Ley de Reforma Agraria, Ley No. 14, 13 de enero de 1986, *Gaceta*, núm. 8, disponible en: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92a6ea87dac762406257265005d21f7/3e3b8d570e169d0a062570a1005781f1?OpenDocument>.

<sup>28</sup> *Ibidem*, párrafo. 144.

<sup>29</sup> "... b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados", Convención Americana sobre Derechos Humanos, *cit*.

de la Convención aseguraba la salvaguarda del derecho a la propiedad de forma tal que abarcaba los derechos de los integrantes de las comunidades indígenas en el contexto de la propiedad comunal, misma que también estaba prevista en la Constitución Política nicaragüense.<sup>30</sup>

Se precisaron aspectos de la propiedad de las comunidades indígenas, enfatizando en la existencia de una tradición comunitaria respecto al modo de propiedad colectiva de la tierra, entendiendo —como se vio con antelación— que su pertenencia no se agotaba en un individuo, sino en un grupo. Igualmente, se mencionó que los indígenas —por existir— tenían derecho a vivir de manera libre en sus territorios. Además, su relación con la tierra debe reconocerse y comprenderse como el eje crucial de su vida, su cultura, integridad y subsistencia económica; no es simplemente una cuestión de producción y posesión, sino un elemento espiritual y material.

La posesión de la tierra indígena debería ser suficiente para que quienes no tengan un título real puedan acceder a un reconocimiento oficial de la propiedad. Concluyó la CoIDH, enunciando que a la luz del referido artículo 21 de la CADH el Estado nicaragüense vulneró el derecho al goce y uso de los bienes por parte de los integrantes de la comunidad Mayagna Awas Tingni, en la medida en que no se demarcó y delimitó la propiedad comunal; adicionalmente, porque hubo concesiones a terceros para el aprovechamiento de recursos y bienes situados en áreas colindantes con terrenos sobre los cuales debía recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Constitución Política de la República de Nicaragua, disponible en: [https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3\\_nic\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_nic_const.pdf), consultado el 17 de enero de 2020.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=240&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es), consultado el 12 de enero de 2021.

Se insiste en que dicha sentencia fue uno de los primeros casos en que la CIDH falló procurando la protección del derecho a la tierra de los pueblos indígenas, constituyéndose como un precedente de vital importancia en la defensa de estas comunidades en el contexto latinoamericano, así como un avance para men-  
guar la “situación de sometimiento a la que han estado y están sujetos los pueblos indígenas de la región”.<sup>32</sup>

## 2. *Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*<sup>33</sup>

Al estudiar el alcance y contenido del artículo 21 de la CADH, asociado a la propiedad comunitaria de quienes integran las comunidades indígenas, la Corte enfatizó en que debía tenerse presente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo<sup>34</sup> (OIT), atendiendo a las reglas de interpretación previstas en el artículo 29 de la CADH, mismas que facilitaban la comprensión de lo contenido en el artículo 21 conforme a los avances del sistema interamericano de derechos humanos y atendiendo al progreso en esta área en el derecho internacional de derechos humanos.<sup>35</sup> En este punto se insistió en una notoria conexión de los pueblos indígenas con sus tierras y recursos (ligados, a su vez, con la cultura), considerando además que todos debían ser salvaguardados por el referido artículo 21, en especial porque la cultura de estas comunidades correspondía a una forma particular de vida, ver, ser y actuar frente al mundo y tenien-

---

<sup>32</sup> Red-DESC, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: <https://www.es.cr-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni-vs-nicaragua#:~:text=Awas%20Tingni%20vs.,Nicaragua,acceso%20a%20un%20recurso%20efectivo>, consultado el 10 de enero de 2021.

<sup>33</sup> CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de marzo de 2006, consultado el 11 de enero de 2021.

<sup>34</sup> ILO, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, disponible en: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms\\_345065.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf), consultado el 11 de enero de 2021.

<sup>35</sup> CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, cit., pfo. 117.

do en cuenta que sus recursos naturales y tierras tradicionales “constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”.<sup>36</sup>

La Corte señala que los conceptos de posesión y propiedad de los pueblos indígenas tienen un significado colectivo que no están centrados en el individuo, sino en la comunidad; esta concepción de posesión y dominio sobre las tierras no atiende obligatoriamente a la noción clásica de propiedad, aunque también debe protegerse por vía del artículo 21 de la Convención Americana; invalidar el derecho al goce y uso de los bienes (que deben ser entendidos como cosas inmateriales apropiables o cualquier derecho que integre el patrimonio de una persona), soportado en usos, costumbres y cultura de cada pueblo, haría nugatoria esta protección.<sup>37</sup>

Se concluye especificando que es deber del Estado la procuración de condiciones y medios jurídicos que permitan que los derechos de los pueblos indígenas puedan ejercitarse por los titulares correspondientes; así las cosas, el Estado tiene la obligación de asegurar que los individuos en situación de vulnerabilidad, discriminación y marginalización cuenten con “las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley...”.<sup>38</sup>

### 3. *Sentencia Pueblo Saramaka vs. Surinam*<sup>39</sup>

Aclarando que los integrantes del pueblo Saramaka componen una comunidad tribal con características culturales, econó-

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, pfo. 118.

<sup>37</sup> *Idem*.

<sup>38</sup> CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=327&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=327&lang=es), consultado el 11 de enero de 2021.

<sup>39</sup> CIDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf), consultado el 11 de enero de 2021.

micas y sociales distintas a otros nichos de la población (por su relación con los territorios ancestrales y su regulación autónoma mediante costumbres, tradiciones y normas), la CIDH se refirió al derecho al uso y goce de la propiedad por parte de los pueblos tribales, de conformidad con el artículo 21 de la CADH.

Enunció que la conexión de los pueblos indígenas con sus recursos y tierras ancestrales debe ser salvaguardada mediante el precitado artículo 21. De hecho, las decisiones dictadas por este máximo tribunal se han fundado en la conexión de estos pueblos con la tierra y la garantía de subsistencia cultural y física. Además, le asiste a los Estados obligaciones positivas,<sup>40</sup> esto es, la adopción de medidas para la garantía del derecho a la tierra en condiciones plenas e igualitarias.

Insistió en la interpretación del artículo 21 de la Convención a propósito de la legislación interna de los derechos de pueblos indígenas en países como Paraguay y Nicaragua, conforme a los presupuestos jurídicos contenidos en el Convenio 169 de la OIT. Paralelamente, se advirtió que Surinam no reconocía a los pueblos tribales el derecho a la propiedad comunal ni había ratificado el enunciado Convenio (aunque sí llevó a cabo este ejercicio respecto al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

Para el presente asunto no podía restringirse el derecho a la propiedad del pueblo Saramaka no sólo en virtud de los argumentos expuestos con antelación, sino incluso ante la evidente conexión espiritual existente de éstos con su territorio ancestral, el cual ha sido ocupado de forma tradicional. Esta comunidad debía ser protegida por el derecho internacional de los derechos humanos y el Estado estaba en la obligación material de garan-

---

<sup>40</sup> Es decir, obligaciones de hacer, de llevar a la práctica ciertas acciones. Cfr. Carmona, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, septiembre-diciembre de 2017, pp. 1217 y 1228.

tizar, reconocer, respetar y proteger la propiedad comunal (entre otras razones, por su condición titular respecto a los recursos naturales, mismos que garantizan su subsistencia e identidad cultural). Lo anterior, permite la garantía de la seguridad y un control permanente de los recursos naturales por parte de estas comunidades.

Se explicitó que la protección del derecho a la propiedad en el escenario del artículo 21 no es absoluta. Pese a que la Corte reconoce la interconexión entre el derecho que tienen los miembros de los pueblos indígenas al uso y goce de la tierra y el derecho a los recursos necesarios para su sobrevivencia, estos derechos a la propiedad<sup>41</sup>, como ocurre con algunos otros de los derechos previstos en la Convención, están sujetos a límites y restricciones. En tal sentido, el artículo 21 de la Convención prevé que la ley podrá subordinar el uso y goce de los bienes a los intereses de la sociedad. De ahí que la Corte haya considerado, conforme a este artículo, que el Estado puede restringir el goce y uso del derecho a la propiedad en caso de que: *a)* se establezca previamente por la ley; *b)* las medidas impuestas en este sentido sean necesarias y proporcionales, y *c)* tengan como finalidad la consecución de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.<sup>42</sup> Así las cosas, el Estado puede limitar, en ciertos supuestos, los derechos de los integrantes de pueblos indígenas incluyendo sus derechos sobre los recursos naturales que se sitúen en el territorio.

#### IV. SENTENCIA *LAKHA HONHAT VS. ARGENTINA*: UN GIRO EN LA OMNISCIENTIFICACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 21 DE LA CADH

Antes de desagregar el que, en el sentir de la suscrita, fue un cambio importante en la interpretación que la CoIDH tenía frente al

---

<sup>41</sup> CIDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., p. 27.

<sup>42</sup> Cfr. Caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra, pfs. 144 y 145.

derecho a la propiedad (en este caso, comunal) de pueblos y comunidades indígenas y tribales, deben destacarse algunos aspectos trascendentes —y positivos— de la decisión en la pretendida defensa de los derechos de estos grupos en situación de vulnerabilidad; asimismo, hacer algunas precisiones frente al contenido general de la misma, con el propósito de ubicar al lector en el problema.

En esta oportunidad, la CoIDH se ocupó —como se verá— del estudio de un caso en el que se violó el derecho de propiedad sobre territorio ancestral de las comunidades indígenas agrupadas en la Asociación de Comunidades Aborígenes “Lakha Honhat”; en efecto, el Estado no garantizó el acceso efectivo al título de propiedad sobre su territorio ancestral. Además de no contar con titulación, tampoco se emprendieron acciones reales que permitieran que menguara la deforestación del territorio indígena o en la que se consultara previamente a las comunidades afectadas respecto a la realización de obras públicas, la tala o la exploración de hidrocarburos, en especial, atendiendo a su impacto socioambiental.

Esta situación se tornó gravosa porque no sólo se había reconocido personería jurídica a la Asociación en mención, sino por la evidente mora en la entrega de tierras a los titulares; esto fue argumentado por las mismas comunidades indígenas que insistían en los retrasos de trabajo de los terrenos en términos de titulación y demarcación. La Comisión Americana de Derechos Humanos señaló la violación al título de propiedad de las comunidades en la medida que no se contaba con un procedimiento que lograra su reconocimiento efectivo.

La labor de la Corte estribó en determinar si la conducta del Estado garantizaba el ejercicio al derecho de propiedad; además, si se había materializado la afectación de los derechos a la alimentación, identidad cultural o ambiente. Se enfatizó que, en 2015, en virtud del nominado principio de seguridad jurídica, era indispensable la realización de los derechos territoriales de los pueblos indígenas mediante el establecimiento de medidas administrativas y legislativas que permitieran la creación de un

mecanismo idóneo para la “delimitación, demarcación y titulación, que reconozca tales derechos en la práctica” y los haga oponibles ante las propias autoridades estatales o frente a terceros.<sup>43</sup>

La Corte refirió que las comunidades indígenas tienen derecho a un título de propiedad formal y que se brinde seguridad jurídica a la tenencia indígena respecto a acciones del Estado o terceros. Asimismo, señaló que pese a los acuerdos entre indígenas y criollos que habían sido refrendados por el Estado, la separación de la tierra y propiedad indígena de los criollos no se había logrado porque se mantenía la presencia criolla en los territorios.

Pese a que el Estado argentino reconoció el derecho de propiedad de las comunidades indígenas, esto no bastaba si no se les dotaba de seguridad jurídica o si no era suficiente o adecuado para el ejercicio de ese derecho. Pese a los avances, no se encontró realmente satisfecho el derecho de propiedad, entre otras razones porque se precisaba el respeto y la observancia de la autodeterminación y autonomía.

El Estado argentino tenía serios problemas normativos y no contaban con la tutela efectiva de su derecho a la propiedad al punto de que, después de 28 años de reclamado, no se ha concretado en la práctica.

En este punto refiere la Corte, con relación al artículo 21 de la Convención, que el Estado —frente a actividades u obras que se adelanten en territorio indígena— debe atender a los requisitos comunes a la limitación al derecho de propiedad por razones de interés social o utilidad pública, además de garantizar la participación de los pueblos de conformidad con sus tradiciones y costumbres; que no se expida ninguna concesión al interior del territorio salvo que entidades capaces e independientes, supervisadas por el Estado, surtan algún estudio previo de impacto ambiental y asegurar que las comunidades indígenas sean beneficiarias en

---

<sup>43</sup> CIDH, caso *Pueblos Káliña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, pfo. 133, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf), consultado el 11 de enero de 2021.

el plan que se adelanta en su territorio.<sup>44</sup> Todo lo anterior permite concluir que el Estado incumplió la obligación de generar y concretar mecanismos que condujeran a la consulta informada y libre de las comunidades indígenas perjudicadas, dando lugar a la violación al derecho a la propiedad y a la participación, en contravía de lo previsto en el artículo 21 y 23 de la CADH (con relación al artículo 1.1. del tratado).

Hecha esta consideración, se ocupa de la violación al artículo 26 de la CADH, y es justamente aquí donde se considera hubo una variación importante en la forma en que se había abordado históricamente el derecho a la tierra, como se analizará en el epílogo de este escrito. Se cita textualmente la disposición normativa en mención, así:

Desarrollo progresivo: los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr *progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura*, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados<sup>45</sup> [cursivas añadidas].

La Corte manifestó contar con la competencia para establecer la vulneración al artículo 26 de la CADH, mismo que pretende la salvaguarda de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales derivados de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA),<sup>46</sup> precisándose para su comprensión las normas hermenéuticas enunciadas en el artículo 29 convencional;

---

<sup>44</sup> *Ibidem*, pfo. 174.

<sup>45</sup> CADH, *op. cit.*

<sup>46</sup> OEA, Carta de la Organización de los Estados Americanos, disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_car ta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_car ta_OEA.asp), consultado el 12 de enero de 2021.

se aplica esta norma sin asumir competencias sobre tratados ni concediendo jerarquías a otras normas contenidas en instrumentos asociados a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA).

Procedió entonces con el estudio de la violación del derecho al agua, invocando el principio *iura novit curia*;<sup>47</sup> enunció que estaba protegido por el artículo 26 de la CADH y que era conexo con otros derechos, entrañaba libertades y debía ser tratado como un bien cultural y social. Reconoció que era el primer caso en el que se pronunciaba sobre éste y los derechos al medio ambiente sano, participación en la vida cultural y alimentación adecuada, de conformidad con el artículo 26 de la CADH. Con relación al derecho al medio ambiente sano, se refirió al principio de prevención de daños ambientales; asimismo, a la ratificación hecha por Argentina respecto a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”.<sup>48</sup> Manifestó que varios derechos pueden afectarse en virtud de problemas ambientales (con mayor evidencia en grupos en situación de vulnerabilidad, *v. gr.* los indígenas).

Frente al derecho a la alimentación adecuada, señaló su reconocimiento en sendos instrumentos internacionales, enfatizando que goza de jerarquía constitucional y, por ende, los Estados están obligados a respetarlo y garantizarlo.

Igualmente, el derecho a la participación de una vida cultural favorece no sólo el desarrollo integral de los pueblos, sino incluso a la visibilidad de los marginados en la población.

---

<sup>47</sup> Este principio “permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable, se analizará esta conducta bajo el marco del derecho al debido proceso administrativo”, en Corte Constitucional, Sentencia T-851/10, disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2010/T-851-10.htm>, consultado el 20 de enero de 2021.

<sup>48</sup> OAS, Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales “Protocolo de San Salvador”, disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Hechas estas precisiones en torno a cada uno de los derechos en mención, se refirió el máximo tribunal a la interdependencia de los mismos y su relación con el asunto (la salvaguarda de la capacidad productiva de los recursos y tierras, así como la manutención de la cultura). Asimismo, aludió a la situación fáctica en el contexto de violación de los derechos de las comunidades indígenas, así:

En el sentir de la Corte, toda vez que los hechos del presente caso advierten la presencia de criollos en el territorio indígena y el despliegue de actividades que los impactaron, se pretendió establecer si este impacto generó el menoscabo de ciertos derechos y dificultó el goce de la propiedad; además, si existió algún tipo de responsabilidad estatal.

Señaló la CoIDH que el derecho al medio ambiente se encuentra asociado a otros derechos; la existencia de amenazas ambientales puede repercutir negativamente en la alimentación, el agua y la vida cultural. La alimentación, a su turno, es necesaria para gozar de otros derechos y puede pender de factores ambientales y culturales; es un rasgo distintivo de los grupos sociales y está comprendido en la protección del derecho a la identidad cultural. Esto es aún más evidente tratándose de pueblos indígenas respecto a las normas que demandan la protección de su ambiente, la salvaguarda de la productividad de sus tierras, recursos y la manutención de su cultura, economía de subsistencia y tradiciones.

En este orden de ideas, la falta de acceso a recursos naturales y territorios expone —en el sentir de la Corte— a los miembros de las comunidades indígenas a la violación de sus derechos humanos, perjudicándolos en su proyecto de vida y costumbres. Aunque el Estado considera que no existió daño ambiental y que, dentro del presente asunto, no logró comprobarse desnutrición o déficit alimentario (exponiendo que fueron las propias comunidades las que introdujeron cambios en su forma de vida) estima

el tribunal que dicha afirmación evidencia un entendimiento restrictivo o limitado de los derechos en cuestión, toda vez que no consideró la interdependencia de los mismos ni las particularidades de los pueblos indígenas.

De hecho, sí existió un impacto ostensible en los modos de vida de las comunidades indígenas con relación a su territorio. Al no reconocer la propiedad comunal indígena, pudieron vulnerarse otros derechos conexos como la identidad cultural, la alimentación y la supervivencia en tanto pueblo.

Adicionalmente, en la medida en que el Estado no garantizó el derecho a la propiedad —adecuadamente— se vieron afectados esos derechos. A manera de ejemplo de lo dicho se tiene que: la ganadería vacuna de los criollos pudo acelerar el deterioro ambiental e impactar en la fauna silvestre, incidir negativamente en las fuentes hídricas, propiciar la erosión de las cabeceras de cuenca y afectar la subsistencia de las culturales indígenas dependientes de éstas; lo anterior sin perjuicio de la tala indiscriminada probada pericialmente por la CoIDH en el caso objeto de estudio.

Producto de esta degradación ambiental, los recursos escasearon y los indígenas se vieron abocados a consumir alimentos industrializados. Además, el agua destinada para su consumo tenía que compartirse con los criollos, alterando sus formas de vida, hábitos social e individualmente considerados, prácticas y concepciones económicas; asimismo, la interferencia de estos últimos —que jamás fue consentida— impidió el disfrute de su territorio ancestral, afectó bienes ambientales y naturales del territorio e incidió en la forma tradicional de alimentación de las comunidades indígenas y el acceso al agua. También lesionó la identidad cultural asociada a recursos alimentarios y naturales.

Igualmente, toda vez que el Estado tenía conocimiento de la situación y no adoptó las acciones destinadas a remediarla (especialmente porque continuaba la presencia del ganado de los criollos), se llegó a la conclusión que el Estado no garantizó a las

comunidades indígenas la posibilidad de determinar las actividades de sus territorios.

Esbozados estos argumentos, se concluyó que sí hubo un impacto significativo en el *modus vivendi* de las comunidades indígenas, no sólo por la ausencia en la provisión de títulos de dominio que permitieran el reconocimiento de una especificidad cultural y étnica de las comunidades, sino por una inefectiva protección al derecho de propiedad; no basta la adopción de acciones, también se requiere que éstas sean efectivas. El Estado argentino se mostró incapaz de garantizar el derecho a las comunidades indígenas en lo concerniente a la participación de la vida cultural, disfrute de un ambiente sano, así como el acceso a agua y una alimentación adecuada en el marco del artículo 26 de la CADH.

Considerado este asunto ¿hubo un cambio en la posición jurisprudencial de la CIDH frente a la protección a los derechos a la propiedad comunal y a la tierra, concretamente, al conectar el asunto con el artículo 26 de la CADH? ¿qué implicaciones podría tener esta mutación?

Indudablemente la Corte, en esta oportunidad, no abordó el caso, como venía haciéndose, en el marco del artículo 21 de la CADH, sino que se extendió ostensiblemente en la interpretación del asunto en el marco del artículo 26 de la precitada Convención, con dirección a la protección de los DESC.

Se considera que en el caso concreto el máximo tribunal se paró el derecho a la tierra, que declara vulnerado desde la óptica del artículo 21 de la CADH (derecho a la propiedad) del derecho al territorio (mismo que asoció al artículo 26 del instrumento internacional referido a los derechos sociales, culturales, económicos y ambientales), pese a que jurisprudencialmente se vinculaban estos derechos. Se explica este punto: en términos del derecho a la tierra, refirió el máximo tribunal que el derecho a la propiedad comunal reconocido mediante el artículo 21 de la Convención implica la concesión de un título de propiedad formal que dote de seguridad jurídica a la tenencia de la tierra por parte de los indígenas y frente a terceros; respecto al derecho al

territorio, aludió al impacto sobre los recursos naturales que produjo la degradación ambiental y favoreció la vulneración de los derechos al ambiente, agua, alimentación (éstos, conexos entre sí).

Este tratamiento y protección individualizada de los derechos a la tierra y al territorio, o mejor: la separación de ambas categorías conceptuales es, a lo sumo, polémica; en efecto, podría favorecer su protección diferenciada, en concreto, si se tiene en cuenta que la vulneración de los bienes y la vida cultural podrían vincularse con el goce del derecho al territorio, pero no en todos casos, asociarse con el derecho a la propiedad.

Sería un poco apresurado señalar que la corte erró al pretender dirigir su discurso hacia la justiciabilidad de los DESCAs; sin embargo pudieron obviarse los avances tan enormes que se tenían en la materia hasta antes de la expedición de este último precedente, toda vez que en las jurisprudencias que le antecedieron, la Corte se adentró siempre en el entendimiento del derecho a la propiedad comunal, en las particularidades de este derecho, su alcance, contenido, margen de aplicación; además, refería que este derecho comprendía la seguridad geográfica (en términos de la demarcación, reconocimiento y titulación de las tierras), así como sendos derechos del tipo: identidad cultural, consulta (por ejemplo, en el caso contra la República de Nicaragua, la Corte concibió este derecho, en cuanto unión de los pueblos con sus tierras, como cimiento de su vida espiritual, cultural, subsistencia económica e integridad) entre la propiedad indígena y la identidad cultural. Aquí se abordó someramente el artículo 21 que era, por naturaleza, el núcleo argumentativo fundamental de las sentencias de la CoIDH.

Se considera que la interpretación que se hacía desde la óptica exclusiva del artículo 21, favorecía la triangulación de las categorías recursos, tierra, cultura, supervivencia y la fundamentación no sólo jurídica, sino también social y antropológica del asunto, atendiendo al carácter especial de los pueblos y comu-

nidades indígenas (por sus diversas formas de vivir, tradiciones, sistemas normativos, lenguas).

Si bien se pretendía la protección de estas poblaciones a través de los DESCAs, lo que pudo lograrse en realidad fue una división entre la interpretación del derecho a la tierra y al territorio. Se aclara que aunque ello no es del todo desfavorable en la medida que potencia la defensa de componentes de la naturaleza asociados a los colectivos indígenas, más allá de su tierra y extensión territorial (su propiedad), posibilitaría un escenario en el que sin que se reconozca el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas (esto es, al manejo de sus tierras), se considere vulnerado el derecho al acceso a recursos naturales.<sup>49</sup> Esta situación podría tornarse compleja en un contexto global hegemónico-liberal en el que es evidente la tensión entre derechos de los pueblos indígenas e interés de la conservación ambiental.

Sin ánimo de desconocer la importancia que tuvo el reconocimiento de los DESCAs en el caso concreto, esto no impide reflexionar frente a lo que aquí se expuso respecto a la interpretación dada por la Corte de los derechos y prerrogativas contenidos tanto en los artículos 21 y 26 de la CADH. Es preciso entonces ahora, en el marco de esta división, tener absolutamente claro qué se entiende por “derecho a la tierra” y “derecho al territorio” en el sistema interamericano de derechos humanos. Una inadecuada delimitación de estas categorías conceptuales o un ejercicio hermenéutico limitado al entendimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas en el marco de los DESCAs, podría debilitar el reconocimiento del derecho a la tierra; de hecho, en el evento de resolverse cuestiones indígenas vía derecho al territorio (DESCA), sin referirse a la potencial violación de derecho a la propiedad, puede verse comprometida la inmediatez en la salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas.

---

<sup>49</sup> Montalván, Digno, “La protección de la tierra y el territorio desde los derechos humanos: la polémica planteada en el caso *Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*”, *RIVERS. Water/Human Rights beyond Human*, Madrid, Universidad Carlos III, 2020.

Recuérdese el carácter progresivo de que trata el artículo 26 de la CADH *vs.* la garantía inmediata del derecho a la propiedad comunal de que trata el artículo 21; como lo sostuvo en su oportunidad el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto, dado que “los DESCAs por naturaleza son derechos que dependen en su satisfacción de la existencia de condiciones materiales”<sup>50</sup> y que no cuentan con un tratamiento uniforme, podría propiciarse un tratamiento heterogéneo en la materialización de estas obligaciones o cuestionarse su efectividad, en especial, al desconocer si el Estado cuenta con políticas públicas o mecanismos suficientes para satisfacer los derechos demandados con carácter de inmediatez.

## V. CONCLUSIONES

Los derechos de propiedad de pueblos indígenas y tribales sobre los territorios equivalen a los derechos de propiedad privada de los no indígenas; aquí es evidente la conexión entre pueblos indígenas, tierra y recursos. Estos derechos son colectivos; su titularidad implica la posibilidad de uso y goce de los bienes por parte de estas comunidades. Es necesaria la inserción de medidas legislativas que atiendan al aspecto colectivo enunciado con antelación y que, además, favorezcan el ejercicio de todos sus derechos, en especial, ante la existencia de la Convención 169 de la OIT.

Los pueblos indígenas, históricamente marginados y parcialmente afectados por una globalización hegemónico-liberal, deben ser vistos ahora como verdaderos actores sociales; es importante hacer relevante su identidad, cosmovisión y realidad sociohistórica. Además, es necesario atender a sus verdaderas necesidades, dotarlos de voz, coadyuvar a que se representen a sí mismos y entender a qué desafíos se ven enfrentados. Es pre-

---

<sup>50</sup> CEJIL, voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, caso *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, disponible en: <https://summa.cejil.org/pt/entity/5j9zsnidydm?page=1>, consultado el 20 de enero de 2021.

ciso superar el espectro y las brechas de este proceso con miras a lograr la reivindicación real de estos colectivos y la materialización de sus derechos; además, impulsar su participación como extremo crítico, con una visión ajena a la occidentalización y el etnocentrismo.

El artículo 21 de la CADH (relativo a la propiedad privada) resulta aplicable a los pueblos y comunidades indígenas y tribales; esta disposición permite el uso y goce de sus bienes. La CIDH se refirió a esta disposición normativa en sendos casos, incluyendo: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*; *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay* y *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Adicionalmente, se refirió a la relación de la tierra como un pilar fundamental para el constructo de su vida, cultura, integridad y realización espiritual, a la importancia de la delimitación y demarcación de la propiedad. Sin embargo, pese al tratamiento transversal del citado artículo 21 en las sentencias relacionadas con la propiedad comunal indígena, en el caso de reciente *Lakha Honhat vs. Argentina*, la CIDH se avocó al estudio de la justicia-bilidad de los DESCA a propósito del artículo 26 de la CADH. Aunque el propósito principal era determinar si el Estado había adelantado todas las acciones tendentes a la garantía del derecho a la propiedad de estos pueblos y se les había dotado de seguridad jurídica, la Corte se extendió en la comprensión de cómo se había concretado una violación de los derechos a la alimentación, agua, participación cultural y medio ambiente sano. Este cambio pudo representar, en la práctica, una diferenciación en el trato entre el derecho a la tierra y el derecho al medioambiente, además, afectar la protección inmediata de los derechos de los pueblos indígenas, en términos del carácter progresivo de los DESCA.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CARMONA, Encarna, “Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Político*, núm. 100, UNED, septiembre-diciembre de 2017.
- CASTAÑO, Héctor, “Globalización neoliberal y recomposición de la hegemonía norteamericana”, *Economía y Desarrollo*, Cuba, vol. 143, núm. 1, enero-junio de 2008.
- CEJIL, “Voto parcialmente disidente del juez Humberto Antonio Sierra Porto, caso *Comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*”, disponible en: <https://summa.cejil.org/pt/entity/5j9zsnidydm?page=1>.
- CIDH, caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*, sentencia de 8 de octubre de 2015, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_304\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf)
- CIDH, caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia del 28 de noviembre de 2007, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf).
- CIDH, caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012, disponible en: [http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf).
- CIDH, caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf).
- CIDH, caso *Pueblos Kaliaña y Lokono vs. Surinam*, sentencia de 25 de noviembre de 2015, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_309\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf).
- CIDH, “Derechos de los pueblos indígenas y tribales. Sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm#:~:text=65,de%20los%20Estados%5B177%5D>.

- CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo* (Belice), 12 de octubre de 2004.
- CIDH, Informe No. 75/02, caso 11.140, *Mary y Carrie Dann*, Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.
- CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, 2 de junio de 2000, cap. X, pfo. 16.
- CIDH, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo de 2006, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_146\\_esp2.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf).
- CIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, sentencia de 31 de agosto de 2001, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_79\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf).
- CIDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha\\_tecnica.cfm?nId\\_Ficha=240&lang=es](https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=240&lang=es), consultado el 12 de enero de 2021.
- FERNÁNDEZ, Juan, *La propiedad comunitaria indígena como un bien colectivo*, Argentina, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNCOma, disponible en: [http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68635/Documento\\_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/68635/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1&isAllowed=y).
- GONZÁLEZ SERRANO, Andrés y SANABRIA MOYANO, Jesús, “Obligaciones de los Estados parte de la Convención Americana”, *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Bogotá, vol. 8, núm. 2.
- RED-DESC, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, disponible en: <https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/comunidad-mayagna-sumo-awas-tingni-vs-nicaragua#:~:text=Awas%20Tingni%20vs.,Nicaragua,acceso%20a%20un%20recurso%20efectivo>.
- RUIZ, Osvaldo, “El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales. Una mirada desde el sistema interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 40, núm. 118, México, enero-abril de 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de y RODRÍGUEZ GARAVITO, César,  
*El derecho y la globalización desde abajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, Anthropos, 2007

SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Toward a New Legal Common Sense*,  
Londres, Butterworths, 2002.

*Los desafíos del derecho indígena en México*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 18 de febrero de 2022. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.