

DE LOS DERECHOS INDÍGENAS AMBIENTALES O DEL PORQUÉ EXISTEN PRECEPTOS CONSTITUCIONALES VIRTUALES*

I. INTRODUCCIÓN

Indígenas y ambiente, ambiente e indígenas son dos caras de una misma moneda. En la actualidad, ambas categorías aparecen cual binomio inseparable ya sea como objeto de estudio dentro de disciplinas jurídicas (como el derecho indígena o el derecho ambiental), o como parte de la regulación dentro del ordenamiento jurídico mexicano (sea en un precepto constitucional, en el texto de una ley del Congreso de la Unión o en algún artículo de un tratado internacional). De la gran variedad de derechos que tienen los indígenas y que han sido reconocidos por nuestro sistema jurídico, destacan sin duda alguna los que se refieren a los temas ambientales, en particular, el relativo al acceso a los recursos naturales.

Este estudio tiene por objeto analizar el vínculo que existe entre los preceptos indígenas y los preceptos ambientales que se encuentran consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con especial énfasis en el tema de los derechos indígenas al acceso, uso y disfrute preferente de los recursos naturales según se establece en el artículo 2o., apartado A, fracción VI. De modo que se pretende demostrar que el precepto constitucional en el que se encuentra plasmado dicho derecho indígena ambiental es virtual. Esta aseveración se basa en dos razonamientos puntuales. Primero, porque de la lectura de dicha disposición no se desprende que sea real la existencia de tal derecho para una de las dos categorías conceptuales de pueblos indios que reconoce nuestra

* Publicado en Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Hori Fojaco, Jorge M. (coords.), *Derechos humanos y medio ambiente*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. Este artículo se presentó como ponencia en el Seminario de Derechos Humanos y Medio Ambiente que se llevó a cabo el 27 y 28 de noviembre de 2007 y cuya organización estuvo a cargo de ambas instituciones.

carta magna: los pueblos indígenas. Segundo, porque si bien el precepto aludido sí se refiere a la otra categoría conceptual que reconoce la Constitución, *i. e.* la de las comunidades indígenas, lo hace en el marco de un sistema preferente que está sujeto a obstáculos o limitantes que hacen virtual el ejercicio del supuesto derecho de preferencia en el uso y disfrute de los recursos naturales.

II. DERECHOS INDÍGENAS Y AMBIENTE: EL PUNTO DE ENCUENTRO

1. *Los derechos indígenas de los pueblos y comunidades indígenas*

En la actualidad, nuestro sistema jurídico cuenta con una serie de preceptos constitucionales aplicables a los grupos o poblaciones indígenas de este país (tradicionalmente llamados pueblos indios),¹ de entre los que

¹ Existe cierto debate sobre cuál debe ser la correcta denominación de las poblaciones que habitaban y siguen habitando lo que ahora conforma el territorio mexicano, sobre todo porque es común que se utilice el término “indígena” como sinónimo de “indio”. Véase, por ejemplo, el estudio que realiza Diego Valadés respecto a los derechos indígenas en el marco de nuestra Constitución. Valadés, Diego, “Los derechos indígenas y la renovación constitucional en México”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 16. Carlos Montemayor nos advierte que el uso de la palabra indio nos remite tanto a una confusión europea derivada de la creencia de Cristóbal Colón de haber llegado a costas asiáticas, al extremo oriente de la India, así como a una negación de su primera existencia (de su especificidad social y humana) y enfatiza: “A partir de la conquista se convirtió en el nombre del habitante que antes y siempre había vivido en este continente porque el concepto no provenía del sujeto mismo a quien se aplicaba, sino de la sociedad que lo conquistaba”. De aquí que los indios de México, argumenta el autor, nunca han sido los indios de México sino pueblos que han tenido nombres precisos como purépechas, tzotziles, tojolabales, nahuas, mazahuas, yaquis, etcétera. Véase Montemayor, Carlos, *Los pueblos indios de México. Evolución histórica de su concepto y la realidad social*, México, Debolsillo, 2008, pp. 29-32. En este sentido, nosotros nos manifestamos por la idea de que es trascendental escuchar la voz misma de estos grupos y así conocer la forma políticamente correcta para referirnos a ellos y en su caso, estar preparados para sustituir o cambiar el uso de términos de forma pertinente. Recordemos que los grupos que se levantaron en armas el 1o. de enero de 1994, evento que ha sido el antecedente primero del actual texto constitucional en materia de derechos y cultura indígenas, han utilizado en voz de uno de sus combatientes, el subcomandante insurgente Marcos, los términos indígenas e indios de manera indistinta, lo que es posible corroborar en muchas de las decenas de comunicados y documentos emitidos desde su comandancia general. Tal es el caso de la última Declaración de la Selva Lacandona (la sexta de junio

destaca, sin lugar a dudas, el del reconocimiento de sus derechos según lo establecido en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dicha disposición, resultado de la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001, se refiere expresamente a estos pueblos, grupos o poblaciones como “pueblos indígenas” y como “comunidades indígenas”.² La distinción que hace nuestra carta magna es de suma importancia ya que constituye el punto de partida para identificar que los titulares o sujetos de los derechos indígenas (*i. e.* el ámbito personal de validez del precepto en cuestión) están determinados precisamente por estas dos categorías conceptuales.³ De manera tal que a partir de esta reforma es posible diferenciar no sólo lo que es un pueblo indígena de lo que es una comunidad indígena, sino lo que ambos son o representan respecto de lo que es un ejido y una comunidad como figuras agrarias.⁴

de 2005) que establece lo siguiente: “I. De lo que somos. Nosotros somos los zapatistas del EZLN... nosotros del EZLN somos casi todos puros indígenas de acá de Chiapas, pero no queremos luchar sólo por su bien de nosotros o sólo por el bien de los indígenas de Chiapas, o sólo por los pueblos indios de México...”. Véase Comité Clandestino Revolucionario Indígena, Comandancia General del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, *Sexta Declaración de la Selva Lacandona*, México, junio de 2005, <http://www.ezln.org/documentos/2005/sexta.es.htm>.

² Antes de esta reforma la Constitución se refería a ellos sólo como pueblos indígenas tal y como quedó plasmado con la adición de un primer párrafo al artículo 4o. a través de una reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1992 que a la letra establecía lo siguiente: “La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”.

³ Para conocer sobre el debate que existe en relación con el problema de determinar si los sujetos de los derechos indígenas son de orden colectivo y/o individual, recomendamos acudir a Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 1007 y ss.

⁴ Incluso, es posible encontrar en la legislación actual algunas disposiciones que establecen esta distinción, tal es el caso de la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable que por ejemplo en sus objetivos específicos así lo determina: “Artículo 3.- Son objetivos específicos de esta ley: XXIII. Contribuir al desarrollo socio-económico de

Ahora bien, es la propia Constitución la que en su artículo 2o. se encarga por un lado de definir lo que son tanto los pueblos indígenas como las comunidades indígenas, y por el otro la de establecer el listado de lo que constituyen los derechos indígenas.

En primer término, por lo que hace a la definición constitucional de pueblos indígenas, el artículo 2o. establece en sus párrafos segundo y tercero lo siguiente:

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.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Respecto al concepto de comunidades indígenas, el mismo artículo 2o. establece en su párrafo cuarto lo siguiente:

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.

Es conveniente apuntar que estas disposiciones constitucionales recogen en cierto sentido las definiciones que se han elaborado a nivel internacional en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (también conocido como convenio 169 de la OIT o convenio sobre pueblos indígenas y tribales) adoptado en Ginebra, Suiza, en junio de 1989 durante la Septuagésima Sexta Reunión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo de la que México es parte contratante.⁵ Este tratado establece lo siguiente en su artículo 1o., numerales 1 y 2 dentro de la parte 1, política general:

los pueblos y comunidades indígenas, así como de ejidatarios, comuneros, cooperativas, pequeños propietarios y demás poseedores de recursos forestales”.

⁵ Este convenio fue aprobado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990, ratificado por el Ejecutivo Federal casi un mes después, el 13 de agosto de ese año y depositado ante el director general de la Organización Internacional del Trabajo el 5 de septiembre también de ese mismo año. El texto completo e íntegro (copia fiel y completa)

Artículo 1.

1. El presente Convenio se aplica:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

En segundo término, y por lo que concierne a los derechos indígenas que establece el citado artículo 2o., la Constitución parte del aserto de reconocer y garantizar el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la libre determinación, y en consecuencia, a la autonomía para ejercer una serie de derechos expresamente mencionados dentro del marco de los principios generales que rigen la Constitución. Estos derechos, consagrados en el apartado A del artículo en cuestión, se refieren de manera sucinta a decidir sobre sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; aplicar sus propios sistemas de regulación y solución de conflictos internos; elegir a sus autoridades o representantes según sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales garantizando la participación de la mujer en condiciones de equidad; preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y demás elementos que conformen su cultura e identidad; conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras; acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales; elegir en municipios con población indígena representantes ante los ayuntamientos; acceder a la jurisdicción del Estado mexicano y ser asistidos por intérpretes y defensores que conozcan su lengua y cultura.

de este tratado internacional puede consultarse en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991 (día, mes y año en el que fue publicado).

Es importante mencionar que los pueblos y comunidades indígenas tienen, además de los ya aludidos, otros derechos indígenas. Nos referimos en primer lugar a aquéllos derechos que se derivan del propio texto constitucional (y a los que podríamos denominar derechos indígenas ampliados)⁶ en virtud de la remisión expresa que éste hace para que el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas se haga en las Constituciones y leyes locales. En segundo lugar, se encuentran aquellos derechos indígenas que están diseminados en diversas disposiciones de nuestra legislación federal. Tercero, son también derechos indígenas los que fueron establecidos en favor de estos grupos en las legislaciones locales antes de la reforma del 14 de agosto de 2001 y los cuales habrán de seguir vigentes siempre y cuando no contraríen — como es lógico suponer — los principios básicos respectivos de nuestra Constitución.⁷ Por último, existen otros derechos indígenas —que quizá

⁶ Existe una tesis aislada de noviembre de 2002 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ha distinguido entre derechos mínimos (que son los que consagra el texto del artículo 2o. constitucional) y los que denominamos derechos ampliados (que son los que habrán de reconocerse en las legislaciones de los congresos locales). El texto de dicha tesis establece lo siguiente: DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUÉLLA. El artículo 1o. de la Constitución federal establece que las garantías que otorga no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley secundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, sí son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor aplicación y observancia. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser respetados para garantizar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblos indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentran sujetos. Tesis 2a. CXXXIX/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 446. Nota: conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia. Texto obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/jrs/jrsVer.htm?id=7967>.

⁷ Acudimos nuevamente a una tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece: DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LAS LEGISLACIONES LOCALES EN FAVOR DE ELLOS NO FUERON LIMITADOS POR LAS REFORMAS A LA

no sean en estricto sentido derechos sino simples enunciados o disposiciones en materia indígena— que son los que se establecen explícitamente en el apartado B del mismo artículo 2o. constitucional.⁸

CONSTITUCIÓN FEDERAL EN LA MATERIA, VIGENTES A PARTIR DEL QUINCE DE AGOSTO DE DOS MIL UNO. Las reformas en materia indígena a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el catorce de agosto de dos mil uno, en vigor a partir del día siguiente conforme a su artículo primero transitorio, dejan a las entidades federativas la regulación jurídica relativa al reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas, por lo que sólo están sujetas a las definiciones y criterios generales que al respecto se establecen, a la estructuración legal de las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de cada entidad, al postulado básico de unidad e indivisibilidad nacional y a que la autonomía se ejerza dentro del marco constitucional, ello en virtud de que el artículo 40 de la Constitución Federal consigna la unión del pueblo mexicano en una Federación establecida de acuerdo con sus principios fundamentales, de manera tal que cualquier norma contraria a los principios de unidad e indivisibilidad de la Nación Mexicana serían contrarios al Pacto Federal, además de que el numeral 133 de la propia Ley Fundamental prevé el principio de supremacía constitucional mediante el cual las Constituciones y leyes locales deben ser acordes con el Ordenamiento Supremo. En ese tenor, los derechos establecidos en favor de los pueblos y comunidades indígenas, así como de los indígenas en lo individual, deben ser considerados como mínimos a garantizarse por los Estados en la regulación y organización jurídica que al efecto realicen en sus Constituciones y leyes respectivas, razón por la cual los derechos que tales entidades federativas pudieran haber establecido con anterioridad a favor de los indígenas, no pueden considerarse limitados por los derechos consagrados en las normas constitucionales referidas, pues estos últimos sólo son derechos mínimos a satisfacer, a no ser que fueran contrarios a los postulados básicos de unidad e indivisibilidad nacional y de no sujeción al marco constitucional, caso en el cual serían contrarios, desde su origen y no en virtud de las reformas, a la Carta Magna, o bien, que los derechos que en tales legislaciones se hubieran previsto no sean los que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas de la entidad, lo que no constituye una limitante a tales derechos, sino una exigencia de que se ajusten a la realidad social. Tesis 2a. CXL/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, noviembre de 2002, p. 446. Nota: conforme al artículo 192, segundo párrafo, de la Ley de Amparo, esta tesis no es apta para integrar jurisprudencia. Texto obtenido en <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/jrs/jrsVer.htm?id=7968>.

⁸ Existe la duda sobre si los preceptos contenidos en este apartado B constituyen en realidad derechos indígenas y si aluden al mismo tiempo a otro tipo de disposiciones que no tienen el rango de verdaderos mandatos constitucionales. En este sentido, Miguel Carbonell señala que, sin estar del todo claro, lo establecido en ese apartado parece tratarse por su redacción de “tareas públicas que obligan a los órganos de los tres niveles de gobierno a desarrollar políticas encaminadas a mejorar la situación social y económica de los indígenas”. Y añade que se trata en todo caso de medidas o previsiones gubernamentales (recomendaciones si acaso) más propios de la legislación secundaria que de la

Desde luego, los indígenas de este país gozan de todos esos otros derechos que están reconocidos y garantizados por nuestra carta magna (que son aquéllos de los que también gozan todos los mexicanos) pero que no debemos considerarlos propiamente como derechos indígenas.

2. *El punto de encuentro*

Contiene el ordenamiento jurídico mexicano ciertas disposiciones en materia de derechos indígenas que están vinculadas a la materia ambiental. Este punto de convergencia, que no es otra cosa más que la existencia de derechos de pueblos y comunidades indígenas con contenido ambiental, genera conceptualmente lo que hemos de llamar *derechos indígenas ambientales*.

Claro está que para conocer cuáles son esos derechos indígenas ambientales es necesario determinar a través de una tipología preestablecida lo que puede ser considerado como ambiental.⁹ Para ello, debemos partir

de la normativa constitucional. Véase, para mayor detalle, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 3, pp. 1021, 1033 y 1034.

⁹ Ya hemos intentado en otros trabajos construir clasificaciones a través de ciertos criterios que nos auxilien en la comprensión de todo aquello que puede considerarse como ambiental. Lo hicimos desde el área de lo internacional-ambiental para señalar que los temas que pertenecen a lo jurídico-internacional-ambiental serán *a*) aquéllos que se discutan en los foros ambientales; *b*) los que tengan repercusiones ambientales evidentes, y *c*) los que perteneciendo tradicionalmente a otros foros de discusión internacional se hayan incorporado con el paso del tiempo a un todo ambiental. Véase Nava Escudero, César, “Guía mínima para la enseñanza del derecho internacional ambiental en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVIII, núm. 113, mayo-agosto de 2005, p. 819. También lo hicimos desde el área de lo constitucional-ambiental y expusimos en aquella ocasión que la parte ambiental en nuestra carta magna comprende: *a*) preceptos que expresamente mencionan cuestiones ambientales y/o de equilibrio ecológico o que se encuentran íntimamente vinculados a la cuestión ambiental; *b*) preceptos que se refieren de manera general y/o particular a los recursos naturales, y *c*) preceptos sobre materias con repercusiones ambientales evidentes. Véase Nava Escudero, César, “La primera reforma constitucional ambiental del nuevo milenio: el acceso de los pueblos indios a los recursos naturales”, en Serna de la Garza, José María (coord.), *Derecho comparado Asia-México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 424 y ss. La tipología que ahora intentamos establecer sigue en mucho los criterios utilizados en la elaboración de las clasificaciones anteriores que no tienen otro propósito sino el de establecer desde la disciplina jurídica o sub-especialización jurídica de la que se trate la posibilidad de determinar lo que abarca la materia ambiental. Debemos enfatizar desde ahora que estas tipologías no deben ser vistas como sistemas

en primer lugar de la idea lógica de que todo precepto o norma que de manera expresa haga mención a la voz ambiente será entonces una disposición ambiental (incluyendo desde luego la expresión equilibrio ecológico que es utilizada en toda la legislación respectiva). En segundo lugar, serán ambientales aquéllas disposiciones que sin estar dentro de la clasificación anterior se encuentren vinculadas íntimamente a lo ambiental y/o que formen parte indiscutible de los debates o discursos ambientales (como lo relativo por ejemplo a la salud, la sustentabilidad del desarrollo y la conservación y mejoramiento del hábitat). Tercero, serán consideradas también como ambientales aquellas disposiciones que se refieran ya sea de manera general o particular a los recursos naturales, sin perjuicio de que dichas disposiciones pertenezcan a su vez a otros campos de estudio y/o regulación según se trate (como lo pueden ser las relativas a las aguas marinas que son objeto de estudio y regulación del derecho del mar). El que un recurso natural caiga o no dentro de la esfera de lo ambiental dependerá desde el punto de vista científico de lo que queramos que sea o abarque el objeto de estudio del derecho ambiental, y desde el punto de vista normativo de lo que la legislación mexicana determine y/o excluya en su caso como tal. Finalmente, adquieren el rango de ambiental aquellas materias que tienen repercusiones evidentes en el ambiente y/o en los recursos naturales (como las actividades industriales, comerciales, turísticas, etcétera).

En suma, estaremos en presencia de derechos indígenas ambientales cuando las disposiciones que versen sobre los derechos indígenas de estos pueblos y comunidades se encuentren en los siguientes supuestos:

- i)* Que hagan mención expresa al ambiente.
- ii)* Que se ocupen de temas o conceptos ligados estrechamente al campo de lo ambiental.
- iii)* Se refieran a los recursos naturales de manera genérica (y de manera particular cuando así se determine).
- iv)* Se trate de áreas con evidentes repercusiones en lo ambiental.

rígidos o camisas de fuerza que impidan futuros avances en la sistematización del derecho ambiental o disciplinas jurídicas afines a ella a través de clasificaciones semejantes o innovadoras.

Ahora bien, una vez establecido un criterio para determinar lo que puede considerarse como ambiental, el punto de encuentro entre los derechos indígenas y las cuestiones ambientales puede originarse tanto desde la normativa indígena (al incorporar los supuestos ambientales arriba mencionados) como desde la normativa ambiental (al insertar lo relativo a los derechos indígenas y hablar propiamente de *derechos ambientales indígenas*). Así, como derechos indígenas ambientales o derechos ambientales indígenas, las disposiciones respectivas se localizan tanto en instrumentos jurídicos internacionales (de *hard* y de *soft law*) como nacionales (en la Constitución o en algunas leyes del Congreso de la Unión).

Algunos ejemplos podrán dar cuenta de lo anterior. En su dimensión internacional desde el campo de lo indígena y como instrumento vinculante o de derecho duro (*hard law*) podemos mencionar el citado convenio 169 de la OIT. En él, el punto de encuentro lo encontramos en diversas disposiciones que de manera expresa se refieren al ambiente,¹⁰ a los recursos naturales¹¹ y a temas o conceptos estrechamente vinculados

¹⁰ El contenido expreso sobre lo ambiental se encuentra en diversos preceptos jurídicos que abarcan el numeral 1 del artículo 4o. al establecer que “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”; los numerales 3 y 4 del artículo 7o. que establecen que: “3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas; 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”, y el artículo 32 que establece que: “los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”.

¹¹ Destacan los numerales 1 y 2 del artículo 15 que al efecto establecen: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida,

a lo ambiental como es el caso de la salud.¹² Otro ejemplo lo constituye la recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumento jurídico no vinculante o de derecho suave (*soft law*). En esta declaración se establecen de manera expresa pocas pero importantes disposiciones relacionadas con el ambiente,¹³ un número amplio de enunciados sobre recursos naturales tanto de manera genérica como específica¹⁴ y una muy variada normativa vinculada a la materia de salud y otros temas relacionados. Desde el área de lo ambiental mencionamos el Convenio sobre Diversidad Biológica de 1992,¹⁵ instrumento jurídico vinculante que inserta el contenido indígena

antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

¹² Mencionamos, entre otras más, los numerales 1 y 2 del artículo 25: “1. Los gobiernos deberán velar porque se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental; 2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales”.

¹³ Se establece en el numeral 1 del artículo 29 lo siguiente: “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación alguna”.

¹⁴ Mencionamos los ejemplos del artículo 25 que dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros, y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”, y el numeral 1 del artículo 31: “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”.

¹⁵ El texto completo e íntegro (copia fiel y completa) del Convenio sobre la Diversidad Biológica adoptado en Río de Janeiro, Brasil en junio de 1992, puede consultarse en

a temas ligados con lo ambiental como lo es el de la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica por las comunidades indígenas (aunque valdría la pena comentar que de la lectura de esta disposición no queda del todo claro que se trate en estricto sentido de un derecho).¹⁶ Como ejemplos de instrumentos no vinculantes mencionamos por un lado la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y por el otro la Agenda 21 o Programa 21, ambos emanados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992. En el primer caso, se establece en el principio 22 el papel que tienen los grupos indígenas con el ambiente y con el desarrollo sustentable (se trata de un enunciado a modo de guía o lineamiento más que de un derecho propiamente),¹⁷ y para el segundo, se crea todo un capítulo —el número 26 (la Agenda 21 está conformada por 40 capítulos)— en el que se vincula el reconocimiento y fortalecimiento de las poblaciones y comunidades indígenas a temas expresos sobre el ambiente, los recursos naturales y el desarrollo sustentable (aquí se alude a los derechos de los indígenas como derechos humanos, se enfatiza en la importancia de plasmarlos en la legislación doméstica de los países y se invoca la trascendencia del convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Pueblos Indígenas y Tribales en ese entonces todavía no aprobada).¹⁸

el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de mayo de 1993 (día, mes y año en el que fue publicado).

¹⁶ Establece el inciso j del artículo 8o. lo siguiente: “Artículo 8. Conservación *in situ*. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda: j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”.

¹⁷ Señala el principio 22 de la declaración de Río lo siguiente: “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible”.

¹⁸ Se establece al inicio del capítulo 26 lo siguiente: “26.1. Las poblaciones indígenas y sus comunidades han establecido una relación histórica con sus tierras y suelen ser,

En su dimensión nacional, lo indígena y lo ambiental convergen, como ya lo hemos señalado, en el artículo 2o. constitucional. En él se establecen derechos indígenas relativos tanto a temas que se encuentran estrechamente vinculados con lo ambiental (tal es el caso de la conservación y mejoramiento del hábitat y de la preservación de la integridad de sus tierras) como a temas sobre recursos naturales de manera genérica (en particular, el acceso al uso y disfrute preferente de los recursos naturales). Aunque existen otros preceptos constitucionales donde prevalece la duda si estamos o no frente a derechos indígenas, en definitiva se trata de preceptos indígenas con contenido ambiental; el tema que se encuentra estrechamente vinculado a lo ambiental dentro de la normativa indígena en este sentido se refiere al de la sustentabilidad, en concreto a la obligación de las autoridades para apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas a través de 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”.¹⁹

En las leyes nacionales se han desarrollado algunos de estos preceptos constitucionales desde las ópticas indígena y ambiental. Así, por ejemplo, encontramos ciertas disposiciones indígenas (aunque no se trate en estricto rigor de derechos sino de principios) vinculadas a los recursos

en general, descendientes de los habitantes originales de esas tierras. En el contexto del presente capítulo, se sobreentiende que el término “tierras” abarca el medio ambiente de las zonas que esas poblaciones ocupan tradicionalmente. Las poblaciones indígenas y sus comunidades representan un porcentaje importante de la población mundial. Durante muchas generaciones han acumulado conocimientos científicos tradicionales holísticos de sus tierras, sus recursos naturales y el medio ambiente. Las poblaciones indígenas y sus comunidades habrán de disfrutar a plenitud de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin trabas ni discriminación. Su posibilidad de participar plenamente en las prácticas de desarrollo sostenible en sus tierras ha tendido a verse limitada como resultado de factores de índole económica, social e histórica. Habida cuenta de la relación recíproca existente entre el medio natural y su desarrollo sostenible y el bienestar cultural, social, económico y físico de las poblaciones indígenas, en las actividades nacionales e internacionales encaminadas a lograr un desarrollo ecológicamente racional y sostenible se debería reconocer, promover y fortalecer el papel de las poblaciones indígenas y sus comunidades, y darle cabida”. El documento completo puede consultarse en <http://www.un.org/esa/sustdev/documents/agenda21/spanish/agenda21spchapter26.htm>.

¹⁹ Véase el artículo 2o., apartado B, fracción VII, de nuestra carta magna.

naturales, tal y como sucede con la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.²⁰ Algo semejante ocurre desde la óptica de lo ambiental en la que encontramos diversas disposiciones —algunas relativas a derechos— que permiten identificar el punto de encuentro entre lo indígena y lo ambiental. Son los casos concretos de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados que incorpora el derecho de consulta y participación que tienen los pueblos y comunidades indígenas para los casos en que se liberen organismos genéticamente modificados en las zonas donde se encuentren asentados,²¹ y de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente que establece que para la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna silvestre habrán de tomarse en cuenta el conocimiento tradicional y la participación de los pueblos indígenas.²²

También encontramos disposiciones en las que se mezclan diversas áreas temáticas. Tal es el caso de la Ley de Desarrollo Rural Sustentable que desarrolla desde la óptica de lo agrario o rural los derechos de los pueblos indígenas —pero sin mencionar a las comunidades indígenas—

²⁰ En este sentido, la ley establece en su artículo 3o., fracción IV, que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas —cuyo objeto es el de llevar acciones como la de orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar programas, proyectos, estrategias, etcétera, para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas— se rige bajo el siguiente principio “Fomentar el desarrollo sustentable para el uso racional de los recursos naturales de las regiones indígenas sin arriesgar el patrimonio de las generaciones futuras”. Esta ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de mayo de 2003.

²¹ Es la Comisión Intersecretarial sobre Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (Cibiogem) —cuyo objeto es el de formular y coordinar las políticas de la administración pública federal relativas a la bioseguridad de los organismos genéticamente modificados— la encargada de actualizar estos derechos indígenas tal y como lo dispone el párrafo tercero del artículo 108 que al efecto establece: “La Cibiogem, además, realizará los estudios y las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los OGMs que se liberen al ambiente en el territorio nacional, y establecerá los mecanismos para realizar la consulta y participación de los pueblos y comunidades indígenas asentadas en las zonas donde se pretenda la liberación de OGMs, considerando el valor de la diversidad biológica”. Esta ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de marzo de 2005.

²² La ley que aquí se cita establece en su artículo 79, fracción X, lo siguiente: “Artículo 79.- Para la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna silvestre, se considerarán los siguientes criterios: X.- El conocimiento biológico tradicional y la participación de las comunidades; así como los pueblos indígenas en la elaboración de programas de biodiversidad de las áreas en que habiten”.

en la utilización y apropiación de la biodiversidad y de los recursos genéticos.²³

III. EL ACCESO AL USO Y DISFRUTE PREFERENTE DE LOS RECURSOS NATURALES

En el apartado anterior se hizo mención a los diferentes contenidos ambientales de los derechos indígenas y de otras disposiciones en la normativa indígena, que se encuentran consagrados en nuestra Constitución. Aparece entre ellos el tema que abordamos en este apartado: el derecho a acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales.

1. *Historia clínica*

Cualquier análisis histórico que se haga en México en relación con los derechos indígenas sobre los recursos naturales desde el texto constitucional vigente debe comenzar por una fecha —célebre para unos, desastrosa para otros— en la que se dio a conocer por vez primera en la arena pública el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN): el 1o. de enero de 1994. En efecto, al conflicto iniciado a partir de ese año entre este grupo armado (mayoritariamente indígena) y el gobierno federal se le atribuyen los orígenes de los actuales preceptos indígenas sobre recursos naturales.

Dichos preceptos, que como ya hemos mencionado, forman parte integral de una reforma más amplia en materia de derechos y cultura indígenas llevada a cabo en 2001 a nuestra Constitución, tuvieron como base los Acuerdos de San Andrés (ASA) celebrados en 1996 entre las dos partes en conflicto. La revuelta en Chiapas emerge así como antecedente primerísimo en el análisis de los derechos indígenas a lo que se conoce ahora como el acceso al uso y disfrute preferente de los recursos natu-

²³ Esta ley establece expresamente en su artículo 176 que: “Los núcleos agrarios, los pueblos indígenas y los propietarios podrán realizar las acciones que se admitan en los términos de la presente Ley, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, Ley General de Vida Silvestre y de toda la normatividad aplicable sobre el uso, extracción, aprovechamiento y apropiación de la biodiversidad y los recursos genéticos”. La ley fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de diciembre de 2001.

rales consagrado en el artículo 2o., apartado A, fracción VI, de nuestra Constitución.

En el recuento histórico sobre este tema debemos mencionar los tres documentos más importantes e influyentes del texto constitucional arriba aludido. Estos son:

- i) Los Acuerdos de San Andrés Larráinzar (firmados el 16 de febrero de 1996 entre el EZLN y el gobierno federal).
- ii) La iniciativa de ley de la Comisión de Concordia y Pacificación conocida comúnmente como “ley Cocopa” (elaborada y presentada por representantes legislativos de los tres partidos políticos mayoritarios en noviembre de 1996).
- iii) El decreto respectivo que reforma diversos artículos de la Constitución y que contiene el texto constitucional actual del artículo 2o., apartado A, fracción VI, desde 2001.

La parte relativa al tema específico que nos ocupa (*i. e.* los derechos indígenas a los recursos naturales) es la siguiente:

- i) Acuerdos de San Andrés Larráinzar:²⁴

II.6.- Se propone al Congreso de la Unión y a las legislaturas de los estados...

d) acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponda a la Nación;

III.6.- Se debe buscar el reconocimiento, en el sistema jurídico mexicano, federal y estatal, del derecho de los pueblos indígenas al uso sostenible y a todos los beneficios derivados del uso y aprovechamiento de los recursos naturales de los territorios que ocupan o utilizan de alguna manera para que, en un marco de desarrollo global, se supere el atraso económico y el aislamiento, lo que implica también un aumento y reorientación del gasto social.

²⁴ Para mayor referencia sobre el contenido de estos acuerdos, véase González, Dolores, “Implicaciones de la reforma sobre derechos indígenas aprobada en el Congreso”, *Cuadro comparativo entre los derechos del Convenio 169 de la OIT, la iniciativa Cocopa, los Acuerdos de San Andrés y el dictamen de reforma constitucional aprobado por el Senado de la República el 25 de abril de 2001*, México, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C.-SERAPAZ, 17 de mayo de 2001, <http://www.centroprodh.org.mx>.

IV.2.- Los distintos niveles de gobierno e instituciones del Estado mexicano no intervendrán unilateralmente en los asuntos y decisiones de los pueblos y comunidades indígenas, en sus organizaciones y forma de representación y en sus estrategias vigentes de aprovechamiento de los recursos.

IV.3.- Sustentabilidad. Es indispensable y urgente asegurar la perduración de la naturaleza y la cultura en los territorios de los pueblos indígenas. Se impulsará el reconocimiento, en la legislación, del derecho de los pueblos y comunidades indígenas a recibir la indemnización correspondiente, cuando la explotación de los recursos naturales que el Estado realice, ocasione daños en su hábitat que vulneren su reproducción cultural...

V.1.- Por ello, proponemos que estas reformas deberán contener, entre otros, los siguientes aspectos generales:

c) En materia de recursos naturales, reglamentar un orden de preferencia que privilegie a las comunidades indígenas en el otorgamiento de concesiones para obtener los beneficios de la explotación y aprovechamiento de los recursos naturales;

ii) Ley Cocopa:²⁵

Artículo 4o...

Los pueblos indígenas tienen el derecho a la libre determinación y, como expresión de ésta a la autonomía como parte del Estado mexicano para:

V.- Acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios, entendidos éstos como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la Nación;

iii) Decreto de reformas a la Constitución de 2001:²⁶

Artículo 2o...

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:

²⁵ Véase Ejército Zapatista de Liberación Nacional, *Reformas constitucionales propuestas de la Comisión de Concordia y Pacificación, 29 de noviembre de 1996*, México, Ejército Zapatista de Liberación Nacional, s.f., http://www.ezln.org/san_andres/cocopa961129-sp.html.

²⁶ El texto que se transcribe se puede consultar en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* vigente.

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las Leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

Como es fácil advertir, existen similitudes y discrepancias entre los tres textos transcritos. Detectamos al menos cuatro diferencias que vale la pena mencionar aunque sea de manera sucinta. Primero, en materia de preferencia mientras que por un lado los ASA y el decreto de 2001 sí establecen un orden preferencial y no así la ley Cocopa, por el otro, dicha preferencia en el decreto aludido determina una serie de limitantes o salvedades que ponen en duda la factibilidad de actualizar este derecho indígena. Segundo, si bien tanto en los ASA como en la ley Cocopa se habla del concepto de territorios (la ley Cocopa incluye la voz tierras), el texto constitucional no lo hace y se refiere en cambio a los lugares que habitan y ocupan los indígenas. Tercero, mientras que la ley Cocopa establece textualmente que el acceso a los recursos naturales habría de ser de manera colectiva, nuestra Constitución en la parte respectiva elimina esa posibilidad. Por último, aunque el encabezado del apartado A del artículo 2o. constitucional se refiera tanto a pueblos como a comunidades indígenas cuando les reconoce y garantiza el derecho a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía, omite la referencia a pueblos y deja sólo el de comunidades; mientras tanto, los ASA aluden a ambos y la ley Cocopa en el texto respectivo se refiere expresamente a pueblos y no a comunidades.

De manera tal que la reforma de 2001 es una reforma que recoge parcialmente lo establecido en los ASA y en la ley Cocopa, e incluso discrepa de la esencia de muchas disposiciones establecidas en ambos documentos. De aquí que la reforma desde este punto de vista no sea otra cosa sino el reflejo de una historia sobre un conflicto (entre el EZLN y el Estado mexicano) que no termina por resolverse. Es, en el mejor de los casos, una reforma inacabada que ni siquiera supo plasmar en sus líneas las aspiraciones legítimas de los pueblos indios de este país a sus recursos naturales.

2. Razonamientos sobre lo que constituye un precepto constitucional virtual

Aunque los ASA y la ley Cocopa hayan sido la base sobre la que se redactó el texto constitucional vigente, la distancia que éste guarda con sus antecesoras deriva en implicaciones jurídicas importantes. El contenido que aparece en el precepto constitucional actual se traduce en que los derechos indígenas sobre los recursos naturales fundamentados en la idea del reconocimiento, garantía y acceso preferente de los pueblos y comunidades indígenas son en sí mismos *virtuales*. Es decir, el derecho indígena ambiental de acceso preferente a los recursos naturales que se establece en nuestra Constitución tiene una existencia aparente, no real.

La afirmación anterior se sustenta en dos reflexiones fundamentales. Primero, se alude al hecho de que el encabezado del apartado A donde se encuentra la fracción que estamos analizando (*i. e.* la fracción VI) comienza por reconocer y garantizar en el marco de la libre determinación, y en consecuencia, a la autonomía, una serie de derechos de los dos sujetos identificados por la propia Constitución como los titulares de los mismos: los pueblos y comunidades indígenas; sin embargo, la fracción VI no se refiere de manera expresa en ningún momento a uno de esos dos sujetos, esto es, a los pueblos indígenas.

Por lo que en principio se trata sólo de un derecho de las comunidades indígenas (que como veremos más adelante está sujeto asimismo a una serie de limitantes). Esto crea cierta confusión puesto que si bien la disposición en cuestión se refiere a las comunidades (y no a los pueblos) el encabezado del apartado sí habla de ambos conceptos. De cualquier modo, esto implica que el acceso al uso y disfrute preferente de los recursos naturales está diseñado sólo a nivel comunitario negando de esta manera la dimensión (cultural y de mayor amplitud) de los pueblos indígenas como sujetos de sus propios derechos.²⁷

Segundo, al confrontar los textos de los ASA y de la ley Cocopa con el texto del artículo 2o., apartado A, fracción VI, detectamos una serie de supuestos —a los que en otra ocasión hemos llamado salvedades o limitantes—²⁸ que parecieran estar dirigidos a confundir y/o dificultar el ejercicio del derecho indígena ambiental basado en la idea de una preferencia

²⁷ Véase, en este sentido, González, Dolores, *op. cit.*, nota 24.

²⁸ Véase Nava Escudero, César, “La primera reforma constitucional ambiental del nuevo milenio: el acceso de los pueblos indios a los recursos naturales”, *cit.*, nota 9, p. 439.

reconocida y garantizada para las comunidades indígenas (recordemos que la existencia de ése derecho para pueblos indígenas es virtual). Estas cinco limitantes se refieren a lo siguiente:

- 1) Se deberán respetar las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en la Constitución y leyes de la materia. Esta idea pretende ignorar que una de las causas que originó el conflicto está vinculado precisamente a las cuestiones agrarias. Esto que es en sí mismo muy grave, rompe con cualquier intento de otorgar preferencia a los indígenas ante problemas preexistentes de este tipo.
- 2) Se deberán respetar los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. Es claro que el legislador privilegió lo ya otorgado, es decir, los derechos ya adquiridos por quienes preceden en todo momento a cualquier pretensión indígena. Esto que desde luego es una forma de conservar un *statu quo* jurídico preestablecido (o algunos dirían el Estado de derecho) redundante en hacer irreal la idea misma de preferencia.²⁹
- 3) Deberá tratarse de los lugares que habitan y ocupan las comunidades. Aquí existen dos situaciones distintas. La primera se refiere a la enorme vaguedad y confusión que significa el lugar que habitan u ocupen los indígenas. Subyace en esta disposición el no querer reconocer el ámbito espacial de validez de la normativa indígena en un territorio. Segundo, al hacer mención expresa sólo de las comunidades, se elimina de plano —habremos de reiterar— el concepto de pueblos.
- 4) No podrán tener dicho acceso cuando se trate de áreas estratégicas. En esta limitante, el legislador tuvo mucho cuidado en no dejar que fueran los propios indígenas los que pudieran beneficiarse de recursos naturales que desde luego podrían representar grandes ganancias económicas desde cualquier actividad que se llegara a realizar. Sin decirlo, la reforma constitucional protege intereses de gran capital.

²⁹ De manera tal que los titulares de actos administrativos como concesiones o asignaciones para el uso y disfrute de ciertos recursos naturales no sólo mantendrán sus derechos intactos sino que, en caso de que quisieran prorrogar dichos actos administrativos según sea el caso, tendrían en todo momento la posibilidad de hacerlo de manera preferente.

Para entender el alcance de esta disposición es necesario acudir al artículo 28 de nuestra carta magna donde se hace mención expresa de las áreas que se consideran como estratégicas en las que el Estado ejerce de manera exclusiva sus funciones sin que ello constituya un monopolio, como lo son el petróleo, los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos, etcétera. Pero el listado que da la Constitución no es el único que habrán de conocer bien los grupos indígenas en caso de que quisieran tener ese uso y disfrute de los recursos naturales, ya que el propio texto constitucional abre la posibilidad de que otros recursos naturales sean considerados como áreas estratégicas según lo llegara a señalar expresamente una ley que expida el Congreso de las Unión. No podemos cerrar los ojos al hecho de que es precisamente en la entidad federativa donde ha ocurrido el conflicto, *i. e.* el estado de Chiapas, donde se encuentran una gran cantidad de recursos naturales tan importantes como el petróleo, gas natural, uranio, entre otros.

- 5) Para todo lo anterior, las comunidades podrán asociarse en términos de ley. Este enunciado debe leerse conjuntamente con el último párrafo del apartado A en el que se establece que las comunidades indígenas son entidades de interés público y no entidades de derecho público o autoridades del propio Estado mexicano. De esta manera, las comunidades indígenas carecen de personalidad jurídica propia y son entidades sujetas a la tutela y protección del Estado, es decir, son órganos subordinados o tutelados por el Estado.³⁰ Si bien el que los indígenas fueran considerados como autoridades dentro del Estado mexicano ha sido una de las principales demandas de los pueblos indios que decidieron levantarse en armas, lo cierto es que las comunidades indígenas existen de manera aparente. En otras palabras, para que dichas comunidades dejen de ser virtuales es necesario que acrediten su personalidad jurídica ante la autoridad o instancia correspondiente. Cabe mencionar que el camino que deben recorrer las comunidades indígenas para que sean reconocidas como tales por las Constituciones y leyes locales es largo y complicado.

³⁰ En ése sentido, véase González Galván, Jorge A., “La validez del derecho indígena en el derecho nacional”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 44.

IV. REFLEXIÓN FINAL

Nos parece que el derecho indígena ambiental de acceso al uso y disfrute preferente de los recursos naturales establecido en el artículo 2o., apartado A, fracción VI, es un precepto constitucional virtual por dos razones.

Lo es en primer lugar en la medida en que si la propia Constitución reconoce que los sujetos de los derechos indígenas son los pueblos y las comunidades indígenas, y que la fracción que se refiere al acceso a los recursos naturales está dentro del apartado A cuyo encabezado reconoce y garantiza derechos de ambos conceptos, no debería quedar duda alguna de que dicha fracción aplica a ambos conceptos; sin embargo, de la lectura cuidadosa del texto constitucional se deriva que el derecho indígena ambiental sobre acceso a los recursos naturales es sólo de las comunidades indígenas y no de los pueblos indígenas.

Lo es en segundo lugar porque si el precepto en cuestión establece un sistema de preferencia para los indígenas en la actualización de ese derecho, no debieran existir tantos obstáculos o salvedades para su debido ejercicio. En efecto, detectamos al menos cinco limitantes de tal magnitud que desaparece *de facto* toda posibilidad de que los titulares de ese derecho indígena ambiental (que sólo son las comunidades indígenas) tengan realmente una preferencia sobre el uso y disfrute de los recursos naturales.