SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE
LA NACIÓN

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN
PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA
EN CASOS QUE INVOLUCREN

DERECHOS DE PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN
PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA
EN CASOS QUE INVOLUCREN

DERECHOS DE PERSONAS, COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS

Este documento es resultado de una construcción colectiva. Agradecemos los aportes de las siguientes personas y organizaciones sociales: Dr. Juan Carlos Martínez Martínez, Dra. Elisa Cruz Rueda, Lic. Claudia Gómez Godoy, Lic. Adelina González Marín, Lic. Rubén Ávila Tena, Lic. Raúl Alfaro Telpalo, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan y Asociación Jalisciense de Apoyo a los Grupos Indígenas.

Agradecemos también los valiosos comentarios enviados por el Sr. James Anaya, Relator Especial de los Derechos de los Pueblos Indígenas mediante su comunicación de fecha 16 de enero de 2013, la que puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/.

Cabe aclarar que esta segunda edición recupera las sugerencias y comentarios que nos hicieron llegar personas e instituciones durante el plazo establecido en la primera edición, lo cual agradecemos enormemente.

Formación y diseño editorial
Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Lic. Aramxa Guillén Sánchez

Foto de portada
Juan Carlos Bucio Montemayor

Foto de interior
Sebastian Beláustegui

Segunda edición 2014
D.R. © 2014, por esta edición:
Suprema Corte de Justicia de la Nación
Pino Suárez 2, Col. Centro, Delegación Cuauhtémoc, CP 06065 México, D.F.
www.supremacorte.gob.mx

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra –incluido el diseño tipográfico y de portada– en ninguna forma ni por medio, sea mecánico fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de los titulares de los derechos patrimoniales.

ISBN: 978-607-468-643-2
Hecho en México / Printed in Mexico

ÍNDICE

Capítulo I. Sobre el protocolo 5
1. Las razones 7
2. La finalidad 9
3. Marco Jurídico 11
4. Derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas 13
4.1 Reconocimiento a la diversidad cultural 13
4.2 Derecho a la autoidentificación o autoadscripción 14
4.3 Derecho a la libre determinación 14
4.4 Derecho al autogobierno 15
4.5 Derecho a elegir a sus autoridades 16
4.6 Derecho a aplicar sus propios sistemas normativos 16
4.7 Derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del estado 17
4.8 Derecho a la tierra, al territorio y a sus recursos naturales 20
4.9 Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado 22
4.10 Lo indígena y sus implicaciones en un proceso jurídico 25
4.11 Derechos económicos, sociales y culturales 25
5. Conceptos 28

Capítulo II. Principios generales para la consideración de las y los juzgadores 29
Principios Generales 31
1. Igualdad y no discriminación 32
2. Autoidentificación 35
3. Maximización de la autonomía 37
4. Acceso a la justicia considerando las especificidades culturales 39
5. Protección especial a sus territorios y recursos naturales 43
6. Participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte 47

Capítulo III. Sentencias relevantes relacionadas con los principios 53

Capítulo IV. Expectativas de la aplicación del protocolo 89

Fuentes bibliográficas 95

Capítulo

I.

Sobre el Protocolo

1. Las razones

De acuerdo con el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), México es una nación que "tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas". De este reconocimiento jurídico se desprenden una serie de derechos para los pueblos, comunidades y personas indígenas de México, cuya justiciabilidad es fundamental para el modelo del Estado de derecho pluricultural que perfila la Carta Magna.

Asimismo, la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, así como la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Rosendo Radilla Pacheco, ha determinado la obligación de las autoridades de realizar un control de constitucionalidad y de convencionalidad *ex officio,* entendidos como la facultad/obligación de considerar las normas de derechos humanos reconocidas tanto por la Constitución, como por los instrumentos internacionales ratificados por México.

Parte de la trascendencia de la reforma constitucional en la materia radica en reconocer a los derechos humanos definidos por las fuentes jurídicas de derecho internacional como parte del sistema constitucional mexicano. Lo anterior no significa un desplazamiento de las normas constitucionales por las del derecho internacional, sino una ampliación del marco normativo interno en materia de derechos humanos y un permanente diálogo entre las distintas fuentes de derechos humanos, teniendo como criterio de ponderación de normas el principio *pro persona*[1], es decir, la reforma en materia de derechos humanos busca la más amplia protección a partir de los mejores estándares de que ahora dispone el juzgador o la juzgadora. El criterio *pro persona* determina que la norma que mejor protege y da contenido a un derecho reconocido, debe ser tomada como base para la interpretación judicial en el caso específico.

Los derechos reconocidos constitucionalmente, así como en los instrumentos internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y ratificados por la Cámara de Senadores deben permear el conjunto del sistema jurídico nacional, estar por encima de la legislación secundaria y generar acciones concretas del Estado. Al igual que los otros Protocolos emitidos por la Presidencia de la Suprema Corte (niñas, niños y adolescentes, para juzgar con Perspectiva de Género y el de personas migrantes y sujetas de protección internacional), esta segunda versión del Protocolo sobre Indígenas presenta los lineamientos necesarios de actuación judicial para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto por la Constitución y las normas internacionales en la materia.

Siendo un documento destinado a las y los funcionarios del Poder Judicial de la Federación, es importante destacar el derecho que los indígenas tienen de acceder plenamente a la justicia que imparte el Estado. Este derecho además de ser directamente exigible a los juzgadores, magistrados y trabajadores administrativos del Poder Judicial, es también el medio para garantizar otros derechos reconocidos, así como reparar daños y sancionar a los responsables de la violación de los mismos.

1 Tal como se afirmó en la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales celebrada en la Ciudad de México el 8 y 9 de noviembre de 2012, el principio *pro persona* en el caso de los pueblos indígenas, tiene una clara dimensión colectiva.

En síntesis, las autoridades deben adecuar su praxis a los instrumentos internacionales atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Al respecto, al Poder Judicial de la Federación le corresponde la doble función de restituir a las personas en el ejercicio de sus derechos cuando les son violentados y garantizar un acceso pleno a la justicia, respetando todos los derechos procesales, como medio fundamental para la exigibilidad de los derechos humanos. Si bien, en términos generales, la justicia que imparte el Estado debe ser independiente, expedita, gratuita y de calidad, estas características adquieren significados específicos tratándose de la atención de las personas, comunidades y pueblos indígenas.

Históricamente las personas y pueblos indígenas han sido víctimas de procesos en los que no se consideran sus lenguas, sus especificidades culturales, ni su frecuente condición de marginación y exclusión social, lo que, en la mayor parte de las ocasiones, ha redundado en condenas injustas o excesivas, así como en el quebranto de las instituciones propias de los pueblos.[2]

Rodolfo Stavenhagen sintetizó la problemática de estos pueblos así[3]: "en diversas esferas hay una incomprensión con respecto a los derechos indígenas, ligada a la persistencia de prejuicios y actitudes discriminatorias cuando no racistas. Más preocupante resulta la oposición al pleno disfrute de sus derechos que proviene de diversos intereses económicos privados, nacionales e internacionales. Estos intereses se centran en la propiedad de la tierra y la explotación de los recursos naturales, sobre todo los bosques, el agua y los recursos del subsuelo. Con frecuencia están coludidos con las estructuras del poder político para obstaculizar el avance de los derechos humanos de los pueblos indígenas los Estados necesitan mostrar mayor voluntad y capacidad política para construir mecanismos y estructuras eficientes que logren promover realmente, y no solamente simular, el respeto efectivo de los derechos humanos de los pueblos indígenas en sus países. Los tribunales deben asumir activamente la defensa de estos derechos más allá de los legalismos que durante tanto tiempo se usaron para despojar de ellos a los indígenas." Así las cosas, la distancia entre lo reconocido en las normas y lo aplicado por las y los juzgadores debe desaparecer.

El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas busca ser una herramienta que, de manera respetuosa de la autonomía e independencia judicial, auxilie a las y los juzgadores en la tarea de impartir justicia a los miembros de los pueblos indígenas u originarios de México, adecuándose a los más altos estándares nacionales e internacionales, tal como lo marca el artículo 1º de la CPEUM.

2 Gómez Rivera, Magdalena, *En busca de la costumbre jurídica.* Boletín indigenista No. 4, Enero-febrero (1990), Instituto Nacional Indigenista, México; Rodolfo Stavenhagen, *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Misión México* (México: ONU, 2004); Juan Carlos Martínez Martínez, *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño en la región Mixe* (México: INAH, IEPO, 2004); *Informe del diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México, estudio de caso en Oaxaca* (OACNUDH, ONU, Unión Europea, México, 2007); y Katia Salazar Luzula, *El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca: retos y posibilidades* (Estados Unidos, OEA, 2008); entre otros.

3 En el Informe presentado al Consejo de Derechos Humanos A/HRC/4/32 el 27 de febrero de 2007 y que fue consultado el 15 de octubre de 2013 en http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/111/02/PDF/G0711102.pdf?OpenElement

2. La finalidad

A través del presente Protocolo, la Presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación busca ofrecer una aportación práctica[4] que abone a una aproximación renovada sobre ciertos fenómenos jurídicos derivados del reconocimiento de derechos específicos de los pueblos, comunidades y personas indígenas que constituyen la pluralidad étnica del país.

Consideramos que el Poder Judicial de la Federación atraviesa por un momento histórico. Esta es una etapa fundacional de lo que será el futuro de la impartición de justicia en México. Las reformas constitucionales de los últimos años, han puesto en el centro de la actividad del Estado y de la labor jurisdiccional, el respeto irrestricto de los derechos de las personas y los colectivos. En ese sentido, el reconocimiento de los derechos indígenas coloca a las y los juzgadores ante la necesidad de que existan interpretaciones judiciales que rebasen la visión formalista y permitan que el sistema jurídico vigente responda desde un lenguaje de derechos, a viejos problemas de falta de acceso de las y los indígenas a la justicia que imparte el Estado.

A partir de la incorporación de la jurisprudencia interamericana a nuestro sistema, las y los juzgadores encargados de crearla al interior del país, deben entender que usar precedentes jurisprudenciales implica una labor de creatividad muy diferente a la que tradicionalmente se ha realizado.[5]

Así pues, la intención de este Protocolo no es proveer un formato para casos sobre indígenas, sino ofrecer a las y los impartidores herramientas de interpretación jurídica que garanticen de mejor manera sus derechos, pues el Poder Judicial de la Federación tiene una labor importante en el desarrollo de las transformaciones esperadas a partir del reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas ocurrido hace ya dos décadas. Una noción de Estado de derecho plural obliga a que las instituciones, órganos y autoridades que lo constituyen reconozcan, acepten y respeten los marcos legales que lo regulan, pero también que sean aterrizados y viables para los contextos específicos.

Ello no supone comenzar de cero, ya que tanto en tribunales mexicanos, como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), se han resuelto casos concretos con base en los derechos indígenas reconocidos. Hablamos de sentencias que a menudo son motivadas con el auxilio de peritajes culturales o antropológicos y que han ido generando jurisprudencia y doctrina que son referencia para las y los jueces mexicanos de los diferentes niveles jurisdiccionales.

4 Tal como lo afirma la tesis aislada publicada el 31 de enero de 2014 en el Semanario Judicial de la Federación en relación con el A.D.R. 3292/2013 del 27 de noviembre de 2013.

5 Sugerimos la utilización del Buscador Jurídico Avanzado (BJDH), una herramienta informática de búsqueda de información que contiene la jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, analizada y sistematizada a partir de los primeros 30 artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Además, existen países latinoamericanos cuyos marcos normativos (Bolivia y Ecuador, por ejemplo) y resoluciones (jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia) son un ejemplo claro de la posibilidad de coexistencia y coordinación de diferentes sistemas de justicia y han marcado un nuevo paradigma de pluralismo jurídico que también es una referencia para los operadores judiciales de nuestro país.

3. Marco Jurídico

En el presente apartado se analiza el marco jurídico que se desprende de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por México, enumerando una serie de derechos relativos a los pueblos indígenas. El objetivo es visualizarlos y poner énfasis en la obligatoriedad de las disposiciones. Más adelante se profundiza sobre las implicaciones de los mismos en el quehacer judicial.

El marco normativo que vincula al Estado mexicano con los derechos de los pueblos indígenas se encuentra tanto en la CPEUM, como en los instrumentos internacionales relativos (y la jurisprudencia interpretativa desarrollada por los órganos encargados de su supervisión). A partir de la reforma constitucional de 2011, los derechos humanos contenidos en la CPEUM y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, deben ser aplicados por las y los jueces. Asimismo, son referentes vinculantes los precedentes dictados por el máximo tribunal constitucional y los generados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos[6]. Un buen ejemplo de lo anterior, lo ha establecido la Corte Constitucional Colombiana, al reconocer que la integración del Convenio 169 de la OIT al bloque de constitucionalidad implica que la violación de sus disposiciones "puede ser motivo de tutela en cuanto afecten derechos fundamentales".[7]

Otra fuente de interpretación de origen internacional que puede orientar, en el marco de la independencia y autonomía judicial, el criterio de jueces y magistrados, es la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), misma que (al ser una resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con los votos de una mayoría abrumadora de los Estados miembros) refleja el consenso internacional que existe en torno a los derechos individuales y colectivos de estos pueblos.

Tal como lo afirma el Relator Especial sobre derechos de los pueblos indígenas, la Declaración debe entenderse como una interpretación autorizada de las obligaciones que el Estado tiene con respecto a los derechos de los pueblos indígenas en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos que ha ratificado y, al estar vinculada a una pauta de práctica internacional y estatal continuada, ciertas disposiciones de la Declaración pueden considerarse como parte del derecho internacional consuetudinario. Adicionalmente debe considerarse que existen varios instrumentos internacionales que fueron emitidos por organismos internacionales que cuentan con la participación de los Estados (como la Asamblea General de Naciones Unidas, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos y la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo), siendo consecuentemente validados por ellos.

6 A partir de la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, recaída el 3 de septiembre de 2013.

7 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-606 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, citado en Nelson Camilo Sánchez et al, La restitución de derechos territoriales de pueblos indígenas (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, OIM, 2012).

El núcleo del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas[8] está en el artículo 2º de la CPEUM9 cuyo texto actual deviene del decreto del 14 de agosto de 2001, en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) publicado el 25 de septiembre de 1990 y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas cuyo decreto es del 13 de noviembre de 2007. En estos ordenamientos existe una amplia gama de derechos, tanto sustantivos como de carácter procedimental y estos últimos con implicaciones ineludibles para la actuación del Poder Judicial de la Federación.

Cabe recordar que existen otros instrumentos internacionales y leyes nacionales que reconocen el principio de la diversidad cultural, que enuncian medidas para su conservación y desarrollo, y que prohíben y buscan erradicar la discriminación hacia los sujetos y las colectividades portadoras de una identidad indígena. Entre ellos, se encuentra la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y la Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas. Así como las recomendaciones que se desprenden de los informes de la Relatoría Especial sobre Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. También existen diversas leyes que en su articulado hacen alusión a derechos propios de los pueblos indígenas como la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, la Ley General de Educación, la Ley General de Salud, la Ley de Planeación y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

De la lectura del artículo 2º de la CPEUM se desprenden una serie de fundamentos legales y derechos que delinean el modelo jurídico pluricultural que perfila nuestra constitución en coherencia con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

8 El concepto pueblo se retoma de la propia definición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: "...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...".

9 El artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no tiene una ley reglamentaria, sin embargo se debe destacar la existencia de una diversidad de leyes que abordan algunos aspectos sobre los derechos indígenas publicadas a partir de la reforma del año 2001.

4. Derechos de las personas, comunidades y pueblos indígenas

4.1. Reconocimiento de la diversidad cultural

De acuerdo con el texto constitucional *"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"*. Esto significa que el Derecho reconoce la diversidad cultural como parte constitutiva de la realidad histórica y social de esta República y da reconocimiento jurídico a los pueblos indígenas.

No hay consenso sobre el número de pueblos indígenas que existen en México, sin embargo, la principal forma de definirlos es a través del criterio lingüístico, esto a pesar de que algunas personas han dejado de usar la lengua originaria (dada la discriminación y racismo que aún existen en nuestro país), conservando en todo o en parte, sus instituciones sociales, económicas, culturales y políticas.

Las lenguas indígenas que se hablan en México, tienen también un gran número de variantes que hacen que hablantes de una misma lengua no se comprendan entre sí y dada su localización geográfica, tampoco se identifiquen como miembros de un mismo pueblo. Así, y para citar dos ejemplos, para la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), existen 62 pueblos indígenas, mientras que el Instituto Nacional de Lenguas Indígenas (INALI) refiere la existencia de 11 familias lingüísticas, 68 agrupaciones lingüísticas y 364 variantes lingüísticas[10].

Tampoco son coherentes los datos relativos a la cantidad exacta de personas indígenas. De acuerdo con el Censo de Población y Vivienda, en 2010 existían 6 millones 695 mil 228 hablantes de lengua indígena, pero las personas que en los hechos se identifican como indígenas suman más del doble, lo que significa que en la actualidad existen un gran número de indígenas que han migrado de sus comunidades y que mantienen y reconstruyen su identidad en centros urbanos.

Al respecto, ante la pregunta sobre la titularidad de derechos indígenas de personas que ya no viven en un territorio indígena o ya no hablan una lengua indígena, la ley es clara al referirse al principio de autoidentificación o autoadscripción como criterio fundamental para definir al sujeto de derechos. Esto significa que no corresponde al Estado ni a los especialistas decidir a quién se aplican los derechos indígenas, sino que es facultad de la persona definirse como tal.

10 Información que nos fue enviada por el INALI (a través de Yessica Barrón Reyes) el 1 de agosto de 2013.

4.2. Derecho a la autoidentificación o autoadscripción

De acuerdo con el artículo 2º de la CPEUM "la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas." Esto significa que es derecho y responsabilidad de los pueblos y personas indígenas definir su pertenencia a estas colectividades y no una prerrogativa del Estado.[11] Consistente con este principio, el Convenio 169 de la OIT en su artículo 2°, también señala que son los propios indígenas quienes tienen el derecho de autoidentificarse como tales.[12]

En el caso Saramaka Vs. Surinam, la Corte IDH consideró que era posible que las personas que vivían fuera de la comunidad y habían cambiado sus formas de vida tradicional ejercieran los mismos derechos que los que habitan dentro, siempre y cuando la propia comunidad lo avalara. De acuerdo con este tribunal, la decisión sobre la pertenencia étnica corresponde "sólo al Pueblo Saramaka de conformidad con sus propias costumbres, y no al Estado o (la) Corte".[13]

4.3. Derecho a la libre determinación

Como la CPEUM señala, la libre determinación de los pueblos indígenas se ejerce en el marco constitucional de la autonomía. En el mismo sentido, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que éstos tienen derecho a la libre determinación y que, en virtud de ese derecho, pueden decidir libremente su condición política y disponer libremente su desarrollo económico, social y cultural. Por su parte, el artículo 4º de esta Declaración amplia el contenido de este derecho al señalar que el ejercicio de su libre determinación, se refiere a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

Ahora bien, tal como lo ha señalado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la libre determinación de los pueblos indígenas no puede poner en riesgo la unidad nacional, pero sí implica *"la posibilidad de elegir libremente su situación dentro del estado mexicano, que no conduce a su disolución, sino al reconocimiento del derecho fundamental de los pueblos que lo componen para determinar su suerte, siempre y cuando se preserve la unidad nacional"*.[14] Es decir, que la autonomía indígena está acota-

11 Aunque la Primera Sala resolvió en el Amparo Directo 1/2012, 17/2012, 38/2012 y 51/2012 que: **1) CONCEPTO INDÍGENA, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN**. Cuando exista sospecha fundada en el órgano ministerial o en el juzgador de que una persona pertenece a una comunidad indígena, de oficio, deberán ordenar una evaluación sustantiva de la cuestión, adoptando una postura activa pro-derechos, a fin de determinar si la persona sujeta a una investigación o proceso tiene la calidad de indígena, a partir de la ponderación de diversos elementos: i) constancias de la autoridad comunitaria, ii) una prueba pericial antropológica, iii) testimonios, iv) criterios etnolingüísticos y/o, v) cualquier otro medio que permita acreditar la pertenencia, arraigo, identidad o sentamiento físico a la comunidad indígena. En conclusión, ***a toda persona sujeta a un proceso penal quien se ha auto declarado indígena, debe procurársele los derechos que otorga el artículo 2º constitucional.***

12 En este sentido es improcedente solicitar peritajes antropológicos o culturales para "demostrar" que una persona es o no indígena, bastando con su autoidentificación o autoadscripción para considerarla como tal.

13 Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p. 15.

14 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, XXXI, Tesis Aislada: 1ª XVI/2010, registro IUS: 165288, p. 114.

da a que no se ponga en riesgo la unidad nacional, pero fuera de esta situación, tienen el derecho fundamental de autodeterminarse.

Aunque es claro que el concepto de libre determinación de los pueblos indígenas no tiene los mismos alcances que recibe en el derecho internacional de los Estados, es importante señalar que la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos así como el de Derechos Sociales y Culturales y algunas resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas le han dado un peso muy importante a este derecho, al grado de argumentarlo como base para el ejercicio de los derechos humanos individuales, es decir, si no hay un reconocimiento jurídico de las instituciones, normas y procedimientos indígenas, es más fácil que tanto el Estado como las instituciones indígenas transgredan los derechos humanos de sus miembros.

4.4. Derecho al autogobierno

Del anterior derecho a la libre determinación, expresado como autonomía, se derivan otros derechos fundamentalmente contenidos en el apartado A del artículo 2º de la CPEUM, entre los que sobresale el derecho a definir sus propias formas de organización social, económica, política y cultural. Es de destacarse el derecho a la organización política propia, porque de él se desprende la capacidad de definir sus propias instituciones, que no necesariamente tiene que corresponder estrictamente con el resto de las instituciones del Estado. Asimismo, estos pueblos tienen el derecho de elegir a sus autoridades de acuerdo con sus propios sistemas normativos.

Así lo determinó la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso del Municipio de Cherán, Michoacán, al ordenar una consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT, pues la mayoría de la población decidió que quería regirse bajo su propio sistema de usos y costumbres[15], elegir a sus autoridades conforme a ese sistema y que éstas se apegaran a un modelo diferente de gobierno municipal de acuerdo a su cultura p´urhepecha.[16] En este caso, el Poder Judicial de la Federación ordenó al Congreso del estado de Michoacán y al Instituto Estatal Electoral de Michoacán convalidar la elección realizada por el pueblo de Cherán conforme a sus propios sistemas normativos.

El Convenio 169 de la OIT reconoce este derecho al interior de los Estados y establece que su naturaleza y alcance se hará de manera flexible y tomando en cuenta las condiciones del país. Por su parte, la DDPI dice que "los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado."

15 Existe una tendencia internacional a dejar de usar el concepto "usos y costumbres", tomado de la teoría del derecho como una fuente y no como derecho en sí. Esta perspectiva ha acentuado la noción de que los sistemas normativos indígenas no tienen una categoría jurídica equiparable al derecho ordinario, perspectiva por demás contraria al espíritu del reconocimiento constitucional y convencional de estos derechos.

16 Asunto SUP-JDC-9167/2011.

El derecho a autogobernarse y elegir a sus autoridades usando sus propios procedimientos no implica que su ejercicio sea a través del municipio. Si bien este nivel de gobierno abre una posibilidad para ejercer este derecho, se tiene que admitir que un pueblo con libre determinación que puede definir sus formas de organización política interna con respeto a la CPEUM y a los derechos humanos, no puede quedar sujeto a instituciones políticas que le son ajenas. En este sentido podría pensarse que son formas de gobierno indígena las comunidades agrarias, las agencias o delegaciones municipales o las instituciones político-religiosas de sus comunidades e incluso se podría justificar la existencia de instituciones políticas supramunicipales si éstas respetan los otros niveles de gobierno existente.

4.5. Derecho a elegir a sus autoridades

La fracción III del artículo 2° de la CPEUM establece que los pueblos indígenas son autónomos para "elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno". Este es un derecho que permite a las comunidades indígenas definir a sus autoridades de acuerdo a sus propios sistemas normativos. En tal sentido es ilustrativa la ya referida resolución de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el caso SUP-JDC-9167/2011 del municipio indígena p´urhepecha de Cherán, en Michoacán. La resolución se fundamenta en los artículos 1º y 2º de la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT, por lo que toca al derecho a la consulta y obliga al Instituto Electoral del Estado a permitir que el municipio designe a sus autoridades de acuerdo con sus formas y procedimientos propios.

4.6. Derecho a aplicar sus propios sistemas normativos

La CPEUM reconoce la existencia de sistemas normativos internos, aunque también los llama "usos y costumbres", los cuales resultan necesarios para definir la organización política, económica, jurídica, social y cultural interna, pero también para la resolución de sus conflictos internos y para la elección de sus propias autoridades como quedó de manifiesto en el caso Cherán. El Convenio 169 de la OIT también reconoce la existencia del *derecho consuetudinario* de los pueblos. Aunque hay un uso indistinto de estos conceptos (sistemas normativos internos, usos y costumbres y derecho consuetudinario), en términos generales hacen referencia a lo mismo, es decir, a la posibilidad colectiva de los pueblos y comunidades indígenas de crear "derecho" y que éste sea reconocido y respetado por las instituciones públicas, siempre y cuando se ejerza respetando los principios generales de la CPEUM y los derechos humanos (la propia Constitución hace énfasis especial en el respeto de los derechos de las mujeres).

Los sistemas normativos internos indígenas suelen tener los tres elementos de cualquier otro sistema: a) normas, b) instituciones, y c) procedimientos, además de que constituyen sistemas de reparación y de castigo. Una interpretación lógica del ordenamiento nos lleva a reconocer que dado el reconocimiento de estos sistemas, las

autoridades indígenas pueden resolver todo tipo de asuntos internos. Cuando surgen controversias por la aplicación del "derecho indígena", no correspondería a la autoridad jurisdiccional del fuero común juzgar de nuevo o desconocer la capacidad de juzgar de la autoridad indígena. Si una autoridad del fuero común resuelve de nuevo sobre un caso ya resuelto por la autoridad indígena, aun cuando alguna de las partes excite a los tribunales y el asunto llega en vía de amparo a los jueces federales, ellos tendrán que tomar en cuenta tanto el derecho de los pueblos indígenas de aplicar sus sistemas normativos en la resolución de sus conflictos internos, como el principio *non bis in idem*. Por esta razón es necesario que los tribunales constitucionales tengan la capacidad de leer interculturalmente el derecho.

Aunque estos casos aún no están reglamentados en la mayoría de las legislaciones estatales y la definición de competencias entre autoridades indígenas y autoridades del fuero común no es muy precisa, al llegar a los Tribunales Federales, éstos tendrán que pronunciarse sobre la legalidad de la actuación de las autoridades indígenas. En estos casos le corresponderá a la juzgadora o juzgador verificar tres cosas: a) un posible conflicto de competencias con las autoridades del Estado o de otras comunidades, b) que la autoridad en cuestión haya aplicado efectivamente el sistema normativo interno de la comunidad, para lo cual son vitales los peritajes antropológicos u otros medios de prueba que objetiven el sistema normativo que con frecuencia es oral y no escrito, y c) que el sistema cumpla con los mínimos de respeto a los principios generales de la Constitución y a los derechos humanos, teniendo en estos casos relevancia fundamental el principio *pro persona*, consagrado en el artículo 1º de la CPEUM.

El objetivo es alinear la justicia ordinaria con la justicia indígena, a fin de generar un marco normativo que "evite los solapamientos entre ambas jurisdicciones y que proporcione algunas reglas básicas de cómo debe ser la relación, cuáles son los límites de la *jurisdicción indígena,* cuál es la competencia que le corresponde a cada una de ellas y cuál debe ser la regla a aplicar si un asunto o conflicto es asumido por una jurisdicción cuando le corresponde a otra".[17]

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia por ejemplo, elaboró los "mínimos contenidos éticos" que la administración de justicia indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, pautas o tradiciones, incluyendo: 1) el derecho a la vida (no a la pena de muerte); 2) el derecho a la integridad física (no a la tortura); 3) el derecho a la libertad (no a la esclavitud) y 4) el derecho a un debido proceso (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad).

4.7. Derecho a acceder plenamente a la jurisdicción del estado

Este derecho contenido en la fracción VIII del artículo 2° de la CPEUM es especialmente relevante para el Poder Judicial de la Federación, pues establece que"*en todos los juicios*

17 *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Due Process of Law Foundation, 2012.

y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales".

Como indicamos anteriormente,"tomar en cuenta" significa, por una parte, respetar los propios sistemas normativos de los indígenas, lo cual puede tener como efecto que el asunto deba ser tratado por una autoridad indígena, que el asunto ya fue juzgado, o que la actuación de un individuo pudo tener como justificación el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho reconocido por su propio sistema normativo, no pudiendo exigírsele otra conducta, pues, aun cuando se tratara de una conducta antijurídica y punible, debería considerarse el haber sido realizada bajo cierto condicionamiento cultural.

Por supuesto que la frase "deberá tomar en cuenta" no puede ser interpretada como licencia de impunidad para los indígenas, es decir, no se trata de validar cualquier conducta realizada por un indígena sino comprender si ésta se realizó en apego a las normas y/o a la lógica cultural de la sociedad particular a la que pertenece. De esta forma, "debe tomar en cuenta" es una obligación, no una potestad del juzgador y puede redundar en alguna excluyente de responsabilidad, o en una atenuación de la pena. En otras materias puede significar la convalidación de actos jurídicos realizados de acuerdo a las instituciones propias de la comunidad, como por ejemplo matrimonios, sucesiones, traslados de dominio, trabajo comunitario no remunerado, cooperaciones para fiestas, reglas para la obtención de derechos políticos, obligaciones derivadas de la reciprocidad, respeto a ciertos principios religiosos que ordenan la cultura, etc.

Cabe hacer notar que para el cumplimiento de esta obligación judicial, el peritaje antropológico es una probanza fundamental que el Código Federal de Procedimientos Penales contempla, sin embargo, a raíz de la reforma penal los nuevos códigos aprobados en las entidades federativas han dejado de reconocer este medio de forma explícita.

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los jueces están obligados a "*indagar cuáles son las costumbres y especificidades de la comunidad a la que se vincula que han podido influir en el desarrollo de los hechos enjuiciados, la materialización de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, los aspectos de los que depende la culpabilidad del acusado, etcétera*".[18]

Es evidente que algunas de estas instituciones pueden, en apariencia o de hecho, contravenir otros principios constitucionales o de derechos humanos, particularmente derechos individuales. En estos casos, será necesario hacer una ponderación de derechos basada en un exhaustivo análisis cultural de los valores protegidos por la norma indígena, las posibles consecuencias para la preservación cultural, y las formas en que la cultura indígena puede incorporar derechos sin poner en riesgo su continuidad como

18 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, XXX, Tesis Aislada: 1ª. CCXI/2009, registro IUS 165720, p. 290.

pueblo, en relación con lo anterior, resultan emblemáticos diversos casos resueltos por la Corte Constitucional de Colombia.[19]

La señalada fracción VIII del artículo 2° Constitucional también dispone que los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Este reconocimiento es muy relevante por varias razones. En primer lugar, debido a que normalmente cuando se habla de intérpretes se alude únicamente a personas que hablan la lengua, cuando en realidad también se alude a defensores culturalmente adecuados, es decir que conocen la cosmovisión y cultura de las personas indígenas. En segundo lugar, porque contar con un intérprete y un defensor es un derecho no sólo de los procesados penales sino de todo indígena que participe en un juicio ante la jurisdicción del Estado y en tercer lugar, "como abundaremos más adelante" **no es un derecho exclusivo de indígenas monolingües.** El derecho de los indígenas a contar con un intérprete o traductor[20] para que puedan comprender y hacerse comprender dentro del proceso también está consagrado en el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

Como en el derecho procesal penal para el caso de indiciados, el estándar de derecho internacional señala que durante el proceso toda persona acusada de un delito, y en particular los indígenas, tienen derecho en plena igualdad y como garantía mínima, a ser asistidos gratuitamente por el traductor o intérprete si no comprenden o no hablan el idioma del juzgado.[21] Sin embargo, una interpretación del máximo tribunal mexicano al resolver el Amparo Directo en Revisión 1624/2008 sobre el alcance de este derecho es más garantista, pues señala que en el caso de los individuos pertenecientes a pueblos indígenas, esta prerrogativa no es sólo para las personas monolingües, sino que es derecho de todo indígena, independientemente de su grado de comprensión del castellano. Hablar en su lengua propia, es un derecho de todo indígena que participe, en cualquier carácter, en un juicio ante los juzgados y tribunales de la República Mexicana.[22]

La ley secundaria desarrolla este derecho señalando que todo mexicano puede comunicarse en la lengua de la que sea hablante, sin restricciones en el ámbito público o privado, en forma oral o escrita, en todas sus actividades sociales, económicas, políticas, culturales, religiosas y cualesquiera otras.[23]

Debemos insistir en que aunque el artículo 124-bis del Código Federal de Procedimientos Penales sigue señalando que la garantía del intérprete y traductor tutela tanto a extranjeros como a indígenas que **no entiendan correctamente** el castellano, en virtud del control de constitucionalidad al que están sometidos las y los jueces y la tesis aisla-

19 Ver: Solano González, Edgar, *La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional Colombiana* (2011); Rosembert Ariza Santamaria, *Teoría y práctica de la jurisdicción especial indígena en Colombia,* en Juan Carlos Martínez et. al, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (Bogotá: Konrad Adenauer Stitung, 2008).

20 El traductor es quien transmite un mensaje de una lengua a otra de manera escrita, mientras que el intérprete tiene la función de ser un puente de comunicación por la vía oral.

21 Artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 14.3.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

22 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, XXX, Tesis Aislada: 1ª CCVIII/2009, registro IUS: 165717, p. 293.

23 Artículo 9, Ley General de Derechos Lingüísticos.

da antes señalada, el derecho a traductor o intérprete no puede estar condicionado al bajo nivel de castellanización del procesado, sino que es un derecho pleno del indígena. Debe entonces, buscar facilitarle a la persona indígena medios **eficaces** tal como lo señala el artículo 12 del Convenio 169 de la OIT.

4.8. Derecho a la tierra, al territorio y a sus recursos naturales

El territorio es clave para la reproducción material, espiritual, social y cultural de un pueblo indígena, y éste ha sido uno de los derechos más demandados por los pueblos. La CPEUM es escueta en este punto, pues sólo señala que "*la ley protegerá la integridad de las tierras indígenas*" (artículo 27, fracción VII) y en lo demás subordina el tema a la legislación agraria. Sin embargo, a partir del control de convencionalidad al que están obligados las y los jueces y del principio *pro persona* consagrado en el artículo 1º de la Constitución, en este tema es de particular relevancia recurrir al Convenio 169 de la OIT que establece en su artículo 13 que el gobierno respetará la importancia que para las culturas y valores espirituales de estos pueblos reviste su relación con las tierras o territorios que ocupen o usen de alguna manera, y define el concepto de territorio como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera. Podemos ver que esta definición va más allá del concepto de tierra como un bien de mercado ya que hace referencia a la dimensión vital y simbólica que tiene ese espacio para la reproducción de las culturas.

Ese mismo instrumento de origen internacional hace referencia a la obligación de los Estados de reconocer los derechos de propiedad y posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan, asimismo, especifica que se debe salvaguardar su derecho a utilizar las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que tradicionalmente han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. En el mismo sentido, el artículo 14 señala que se deben "*tomar las medidas necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión*".

Aunque el derecho agrario en México tiene procedimientos para garantizar la propiedad social de la tierra, no establece lo mismo que lo dispuesto por el Convenio 169, dado que los ejidos y comunidades agrarias son una forma de organización campesina creada por el Estado durante el siglo XX, mientras que el pueblo indígena es una forma organizativa ancestral y cuya dinámica política, cultural, social y económica tiene especificidades propias sustentadas en sus tierras y territorios de ahí que merezca una protección especial más allá de la perspectiva económica agrarista. Debido a lo anterior, los tribunales agrarios y las y los jueces que, en diferentes niveles jurisdiccionales, conozcan de asuntos en materia administrativa deben ampliar y adecuar sus perspectivas y la interpretación del marco jurídico para salvaguardar adecuadamente los derechos a la tierra y a los territorios reconocidos por el Convenio 169 de la OIT.

Por su parte, el artículo 15 del Convenio en mención establece la obligación de brindar una protección especial de los recursos naturales que existen en las tierras de los pueblos, lo que implica la participación de los indígenas en la utilización, administración y conservación de los mismos. En los casos de los recursos del subsuelo, este artículo es armónico con lo dispuesto por el artículo 27 de la CPEUM al considerarlos propiedad de la nación. Sin embargo, el Convenio señala la obligación de consultar a los pueblos interesados a fin de determinar si sus intereses –y derechos– serían perjudicados y de qué manera lo serían, antes de emprender proyectos extractivos. Asimismo se establece que en la medida de lo posible, los pueblos deben participar de los beneficios de las actividades extractivas y recibir una indemnización equitativa por los daños que les pudieran ocasionar estas actividades.

El Convenio regula en su artículo 16, el traslado (excepcional) de los pueblos respecto de sus tierras y en el 17 determina que se deben respetar las modalidades de transmisión de derechos sobre la tierra indígena. También establece la disposición de proteger estas superficies contra el abuso que, producto del desconocimiento o de la buena fe, puedan hacer personas extrañas con el fin de apropiárselas, así como las sanciones legales a las infracciones cometidas en relación con estas normas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado ampliamente los alcances de este derecho[24]. En varias de sus resoluciones y con base el derecho de propiedad consagrado en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Corte IDH ha desarrollado la importancia que la propiedad territorial tiene para los pueblos indígenas como base fundamental para el desarrollo de su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Por ello, este derecho es reivindicado en sí mismo, pero también como condición para la realización de otra serie de derechos como los derechos a una vida digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de culto y de conciencia, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, la libertad de tránsito y el derecho a la residencia.

El derecho a la tierra y al territorio de los pueblos indígenas posee dos componentes: primero, la defensa de su integridad hacia el exterior, es decir, frente a despojos, apropiaciones irregulares, desplazamientos forzados o aprovechamientos sin consentimiento de los pueblos; el segundo, hacia el interior, implica la posibilidad de la colectividad de definir el uso y aprovechamiento individual o colectivo y las modalidades internas de apropiación, traslado, uso y aprovechamiento de la tierra y sus recursos, así como de los usos simbólicos y espirituales de ciertos sitios. Si estos principios se contradicen con otras normas, por ejemplo la ley agraria, deben prevalecer las normas constitucionales y/o convencionales. Ahora bien, si existe una contradicción entre dos derechos, no se

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C. No. 146; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C. No. 79; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C, No.11; Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Xákmok Kasek Vs. Paraguay. Sentencia de 2010.

puede obtener una resolución sin que preceda una ponderación de ambos a la luz del referido principio *pro persona*.

Una interpretación garantista de este derecho debe entender que los pueblos indígenas conforman unidades sociales que merecen una protección muy amplia de parte de las autoridades. Tal como señala la Corte Constitucional de Colombia, los pueblos indígenas "se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado".[25]

Derivado del derecho a la propiedad reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y tal como lo ha interpretado la Corte IDH, en casos como *Saramaka contra Surinam y Awas Tigni contra Nicaragua*, el derecho al territorio es un derecho autónomo fundamental. Para la Corte Constitucional de Colombia dicho derecho *"reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes"*. En los debates del Congreso Constituyente de 1991 en ese país, se señaló que: "*sin este derecho, los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat*".[26]

Como hemos señalado, el derecho al territorio ha ido evolucionando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a partir del derecho a la propiedad reconocido en la CADH, pero interpretado a la luz de lo reconocido por el Convenio 169 de la OIT. De esta manera se ha podido garantizar la protección de sus territorios, importantes indemnizaciones cuando algún daño ya no puede ser resarcido a la comunidad y la exigencia de realización del derecho a la consulta, particularmente en el caso de grandes obras o proyectos que afectan la vida y la cultura de estos pueblos.

Las industrias extractivas y generadoras de energía han sido protagonistas de casos emblemáticos que ponen de manifiesto la necesidad de llevar a cabo consultas que salvaguarden una amplia gama de derechos reconocidos que se pueden ver conculcados antes, durante y posteriormente a la ejecución de estos proyectos.

4.9. Derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado

Este es uno de los derechos que ha alcanzado mayor relevancia y desarrollo en relación al tema de los derechos indígenas en el ámbito internacional, entre otras razones debido a las tensiones que se producen en las comunidades y pueblos indígenas por la expansión de los megaproyectos energéticos, mineros, de acuacultura y forestación. No obstante, en México ha tenido poco desarrollo tanto a nivel normativo como jurisprudencial.

25 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-342 de 1994.
26 Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18, citada en: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-188 de 1993.

La fracción IX del apartado B del artículo 2º de la Constitución reconoce el derecho a una consulta acotada, misma que en el Derecho de fuente internacional tiene dimensiones más amplias, contenido que hace necesario recurrir al desarrollo que el derecho ha tenido en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos a partir de lo reconocido por el Convenio 169 de la OIT.

De acuerdo con dicho Convenio, es obligación de los Estados consultar con los pueblos indígenas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento sobre asuntos que les afecten en distintos contextos.[27] El propio Consejo de Administración de esa organización (OIT) ha señalado que el derecho a la consulta y participación *"constituye la piedra angular del Convenio 169 de la OIT en la que se fundamentan todas las disposiciones del mismo"*.[28] El derecho está también reconocido en la DDPI[29] y es aplicable a cualquier acción administrativa o legislativa que pueda tener un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas. En tal sentido, la consulta previa a los pueblos indígenas abarca no solamente el uso de los recursos naturales, sino cualquier medida que pueda afectar directamente a estas comunidades.

De acuerdo con el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas[30] , los principios de consulta y consentimiento representan conjuntamente una norma especial para la protección del ejercicio de los derechos sustantivos de los pueblos indígenas y como un medio para garantizar su observancia. Estos derechos sustantivos pudieran incluir entre otros, los derechos a la propiedad, la cultura, la religión, la salud y el bienestar físico y a materializar sus propias prioridades de desarrollo. La Corte IDH ha sentado diversos precedentes para definir los alcances del derecho a la consulta en casos específicos.[31]

Los elementos fundamentales para concretar el derecho a la consulta es que se lleve a cabo previamente a las acciones, que se dirija a los afectados o a sus representantes legítimos, que se realice de buena fe y a través de los medios idóneos para su desarrollo, que provea de toda la información necesaria para tomar las decisiones, en particular, la existencia de estudios imparciales y profesionales de impacto social, cultural y ambiental, que se busque el acuerdo y, en ciertos casos, que sea obligatorio obtener el consentimiento libre e informado de las comunidades[32], todo lo anterior, a través de procesos culturalmente adecuados y usando las formas e instituciones que ellos mismos ocupan para tomar decisiones. La falta o el vicio en alguno de estos elementos puede ser motivo de un procedimiento jurisdiccional.

---

27 Artículos 6.1, 6.2, 15.2, 22.3, 27.3, y 28.

28 Citado en el *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas,* James Anaya (Doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009), párrafo 39.

29 Artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38.

30 Informe al Consejo de Derechos Humanos A/HRC/47/21, párrafos 40-41 y 50.

31 Caso Saramaka Vs. Surinam; Caso Moiwana Vs. Surinam; Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, entre otros.

32 Caso Saramaka Vs. Surinam; Caso Moiwana Vs. Surinam; Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, entre otros.

El deber de consulta aplica en cualquier caso en que una decisión "se relaciona con los intereses o las condiciones específicas de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios"[33]. Ello comprende medidas administrativas o legislativas de aplicación general, tales como iniciativas de ley sobre recursos forestales o pesqueros, o sobre el desarrollo rural o agrario, si dichas medidas afectan de manera diferenciada a los pueblos indígenas dadas sus condiciones y derechos específicos.

Tal como lo estableció la Corte IDH "adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro de un territorio tradicional [ ] la salvaguarda de la participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo [ ] a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo [ ] según sus costumbres y tradiciones."[34]

Con respecto a lo anterior, el Relator Especial ha precisado[35] que "la jurisprudencia de la Corte Interamericana y las disposiciones de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas evidencian que el consentimiento sería exigible en todo caso que una medida propuesta tuviese efectos significativos sobre los derechos de los pueblos indígenas que son esenciales para su supervivencia como tales. Ello pudiera comprender, además de los proyectos de inversión o desarrollo que afectaran el modo de vida o subsistencia de los pueblos indígenas, los casos que impliquen el reasentamiento o traslados poblacionales y el almacenamiento o desecho de materiales peligrosos en territorios indígenas.[36] Y, en caso de que no se lograra el acuerdo o consentimiento al haberse finalizado un proceso de consulta, el Estado podría proceder con una medida propuesta solo si pudiera garantizar que no tuviese impactos significativos sobre los derechos de estos pueblos, tales como su derecho a establecer sus propias prioridades para el desarrollo como parte de su derecho a la libre determinación, el derecho a la salud y un medio ambiente sano, el derecho a la cultura y a la religión y los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales de acuerdo a sus usos y costumbres. En ningún caso deberían ser vulnerados estos derechos. Aun en los casos en que el consentimiento no fuera estrictamente necesario, el Estado debe actuar de manera que respete y proteja los derechos humanos de los pueblos indígenas, lo que pudiera incluir la aplicación de otras salvaguardas, tales como el establecimiento de medidas de mitigación y compensación".

33 A/HRC/12/34, párrafo 44

34 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C. No.172, párr. 137.

35 En su comunicación del 16 de enero de 2013 a la Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría a la Presidencia de la SCJN, en relación con el borrador de este Protocolo.

36 Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, arts. 10 y 29.2

4.10. Derechos económicos, sociales y culturales

Los pueblos indígenas son titulares de derechos tanto por su condición de pueblos ancestrales con derecho de libre determinación, como por ser personas titulares de derechos que les permitan mejorar progresivamente sus condiciones de vida. Dado que por lo general los indígenas viven en situación de vulnerabilidad, la progresiva efectividad de estos derechos, requiere medidas diferenciales que se ajusten a sus circunstancias específicas. Además, tal como lo señala la observación general número 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, es obligación de los Estados asegurar los niveles esenciales de esos derechos y en caso de limitaciones presupuestales, dar prioridad a la protección de personas en situación de vulnerabilidad.

El reconocimiento de ciertos derechos sociales,[37] particularmente el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la vivienda, y al desarrollo, tiene un doble contenido. Por una parte existe la obligación "de hacer" del Estado, que consiste en ofrecer de manera especial estos servicios a dichos grupos por su carácter de marginación, pero además "de dar", a los mismos, las adecuaciones culturales que les den pertinencia y, justamente garanticen su accesibilidad, como el uso de traductores, la cercanía y calidad del servicio, el uso de sus propias instituciones como medio, que los intermediarios tengan comprensión de su cultura, etc.

Ahora bien, los pueblos indígenas tienen una visión del mundo particular, una cultura que ha desarrollado conocimientos ancestrales, mismos que no necesariamente coinciden con los conocimientos de las culturas occidentales. En este sentido, el otro componente, particularmente relevante, de estos derechos, en lo que se refiere a educación, salud y desarrollo, está en la posibilidad de darse a sí mismos estos servicios o en combinación con el Estado, a partir de sus propias formas, conocimientos y usos culturales. En tal sentido este componente del derecho obliga al Estado a actos de "no hacer" y, en todo caso, a subsidiar y coordinar el desarrollo de estos saberes desde una perspectiva intercultural para articularlos con los servicios estándar que provee el Estado en estas materias. Es importante destacar que no se trata de ausentar al Estado del cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos sociales, sino incorporar una perspectiva intercultural en su actuación.

4.11. Lo indígena y sus implicaciones en un proceso jurídico

Como ya se ha señalado, los indígenas tienen la doble condición de sujetos colectivos con derecho de libre determinación que demandan el respeto del Estado a sus culturas, instituciones y formas de vida y, por otra parte, son sujetos –normalmente en condiciones de pobreza– que requieren de acciones afirmativas del Estado para la plena realización de sus derechos. Por ello, la transformación de las prácticas en el ámbito de la justicia tiene que ir en ambos sentidos.

37 Apartado B del artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; y Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

De acuerdo con la fracción VIII del apartado A del artículo 2º de la Constitución, en el ámbito de la justicia estatal, es la prerrogativa de quienes se autoadscriben como indígenas, que sus especificidades culturales y sistemas normativos, costumbres o derecho consuetudinario sean tomados debidamente en consideración cuando les sea aplicada la legislación nacional.

Lo anterior, no quiere decir que los órganos del Estado juzguen conforme a los sistemas normativos indígenas, ya que esto compete a las propias instituciones indígenas. Lo que la fracción VIII refiere es que cuando se aplique "*la legislación nacional o estatal*" en un asunto que es de competencia de los órganos del Estado, deben considerar las especificidades culturales y también las normas indígenas. Ello puede significar que a través de la solicitud de periciales antropológicas u otros medios de prueba, como actas de la comunidad o consejos de ancianos, los juzgadores se alleguen de mayor información para mejor proveer, que les permita discernir si la conducta de que se trata se refiere a algo mandatado por el sistema normativo de la comunidad o bien es una conducta antijurídica en cualquier contexto.

El derecho a que se tomen en cuenta las prácticas normativas de la comunidad del sujeto, es quizá el más importante ya que esta consideración es de carácter sustantivo. Esto tiene que ver con el fondo del asunto y no sólo con un requerimiento procesal formal, ya que tiende a explicar la conducta desplegada por un sujeto que actúa bajo un sistema normativo indígena y que por ello tiene su propia concepción sobre lo obligatorio, lo permitido y lo prohibido, como cualquier norma.

Es importante considerar, en el plano de la argumentación, que lo más delicado del enfoque cultural radica en evitar reproducir los estigmas de discriminación y denigración en que incurrió el sistema jurídico penal aduciendo "atraso cultural" y "aislamiento social", consideraciones que permanecieron por muchos años en el código punitivo federal. Es fundamental que los argumentos vayan acompañados de pruebas idóneas, como los peritajes culturales o jurídico-antropológicos, que sirven para ilustrar a las y los jueces sobre el contexto cultural de las personas o sobre los sistemas normativos internos que obligan, facultan o prohíben conductas a los individuos de la comunidad. Estas periciales permiten entender los condicionamientos culturales de las personas y las periciales jurídico-antropológicas auxilian al juzgador y a la juzgadora a comprender cómo las instituciones, los procedimientos y las normas de los pueblos indígenas son determinantes de las conductas de la comunidad.

En síntesis, podemos señalar que las principales implicaciones que tiene para todo juzgador un proceso en donde estén involucrados las personas o los pueblos indígenas, tal como se desarrolla son:

a) Antes de resolver se deben tomar debidamente en cuenta las particularidades culturales de los involucrados para los distintos efectos que pudieran tener lugar;
b) En todos los juicios es prerrogativa del sujeto indígena hablar en su lengua materna,

cualquiera que sea su identidad procesal, y con ello la correlativa obligación del Estado de proveer intérpretes y traductores. Asimismo, en los juicios, los procesados tienen derecho a contar con defensores que conozcan de su lengua y cultura;

c) En caso que involucren sus tierras, territorios y recursos naturales, incluso los que son propiedad de la Nación, pero cuya extracción o explotación implica una afectación de tierras indígenas, se deben tomar todas las medidas de protección especial consagradas en los artículos 13 a 17 del Convenio 169 de la OIT, aun cuando sean diferentes o complementarias a lo dispuesto por el derecho agrario y el derecho procesal agrario;

d) En todos los casos en los que el fondo del asunto implique medidas administrativas o legislativas que afecten o hayan afectado a los pueblos indígenas, se les debe –o debió–haber consultado, y en ciertos casos se debió haber llegado al consentimiento libre, previo e informado.

5. Conceptos

Para los efectos del presente Protocolo se entiende por:

a) **Persona indígena:** La que tiene conciencia de pertenecer a una comunidad o pueblo indígena.
b) **Pueblos indígenas u originarios:** Colectividades 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.
c) **Territorio indígena:** Porción del territorio nacional constituida por espacios continuos y discontinuos ocupados, poseídos o usados de alguna manera por los pueblos y comunidades indígenas, y que comprenden la totalidad de hábitat que permite su reproducción y continuidad material, social, cultural y espiritual.
d) **Instituciones indígenas:** Aquellas que los pueblos y comunidades indígenas reconocen como tales, con base en sus sistemas normativos internos, las cuales pueden o no coincidir con otras instituciones del Estado mexicano como el municipio, las agencias o delegaciones municipales, ejidos o comunidades agrarias. Dentro de éstas se encuentran las que administran justicia, su asamblea, consejo de ancianos, principales, entre muchos otros.
e) **Lenguas indígenas:** Son aquellas que proceden de los pueblos existentes en el territorio nacional antes del establecimiento del Estado mexicano, además de aquellas provenientes de otros pueblos indoamericanos, igualmente preexistentes que se han arraigado en el territorio nacional con posterioridad y que se reconocen por poseer un conjunto ordenado y sistemático de formas orales funcionales y simbólicas de comunicación. Como explica Juan Carlos Rubio[38] la lengua es un soporte material y simbólico para los pueblos, una síntesis codificada en la conciencia individual y colectiva de sus hablantes, de la herencia cultural y de las potencialidades de realización de cada generación.

38 Rubio Martínez, Juan Carlos, Indígenas y Amerindios (Participación escrita para el Aula Oberta en Barcelona, 2005).

Capítulo

II.

Principios generales y consideraciones para las y los juzgadores

A continuación se enuncian seis principios de carácter general que de acuerdo con los instrumentos internacionales deben ser observados en cualquier momento del proceso de justicia en los que estén involucradas personas, comunidades y pueblos indígenas. Los principios aquí presentados buscan presentar lineamientos generales que las y los juzgadores pueden aplicar de manera directa o bien usar como criterio de interpretación de éstos y otros derechos.

1. Igualdad y no discriminación

2. Autoidentificación

3. Maximización de la autonomía

4. Acceso a la justicia considerando las especificidades culturales

5. Protección especial a sus territorios y recursos naturales

6. Participación, consulta y consentimiento frente a cualquier acción que los afecte

Para mayor claridad, del lado izquierdo se hace referencia los instrumentos jurídicos que reconocen los principios aludidos, del lado derecho lo que estos expresan y abajo de cada uno, las consideraciones que se sugiere tomar en cuenta a las y los juzgadores para brindar una atención diferenciada.

INSTRUMENTO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º y 2º.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI), artículos 1º, 2º.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 2º, 3º.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1º, 2º y 26.

Observación General No. 5, Comité de los Derechos del Niño, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), *34° Período de Sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 377.*

PRINCIPIO

1 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

1.A. Trato y reconocimiento

Ninguna persona indígena podrá recibir un trato discriminatorio por su identidad étnica, idioma, género, aspecto, condiciones físicas y mentales, o por su condición social.

Las culturas, prácticas, costumbres e instituciones indígenas deben ser tratadas en términos de igualdad en relación a las culturas, prácticas, costumbres e instituciones del resto de la sociedad dominante. La *interculturalidad* debe ser entendida como el diálogo respetuoso entre culturas y deberá ser el principio básico de relación entre los funcionarios del Estado y las personas indígenas.

Los Estados sólo podrán establecer distinciones objetivas y razonables cuando éstas se realicen con el debido respeto a los derechos humanos y de conformidad con el principio de aplicación de la norma que mejor proteja los derechos de las personas.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Se tiene que reconocer la personalidad jurídica, individual o colectiva de los indígenas que inicien acciones jurídicas ante los juzgados o tribunales en demanda de sus derechos específicos, sin que ello implique ningún trato discriminatorio por el hecho de asumir tal condición.

Las autoridades indígenas deben ser consideradas como tales y no como particulares. El carácter de autoridad indígena podrá considerarse acreditado con documentos propios de los núcleos o colectivos indígenas (ejemplo: actas de asamblea).

1.B. Detección y toma de medidas especiales

La aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico a las personas, más bien, se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación.

La pretensión de la igualdad no es "asimilar" a las personas a una idea única de sujeto, más bien reconoce la validez de una diversidad de proyectos posibles.

Cabe aclarar que este principio implica una protección especial de las autoridades frente a actuaciones de terceros.

El Mecanismo de expertos de ONU ha señalado "[...]la relación de los pueblos indígenas con los sistemas nacionales de justicia no puede examinarse, por tanto, sin tener en cuenta los factores históricos o su actual situación económica, social y cultural."[39]

[...] "En vista de los abusos sufridos a lo largo de la historia por los pueblos indígenas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial es de particular interés, ya que reconoce la necesidad de adoptar medidas especiales para hacer frente a la discriminación."[40]

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

A partir de datos como el lugar de origen de la persona, el idioma que hablan sus padres o el tipo de asunto, el juzgador se debe preguntar si las personas involucradas en el juicio son miembros de una comunidad o pueblo indígena y por tanto, si deben considerar elementos de esa cultura que le permitan adecuar su resolución al caso concreto. Esta obligación se incrementa en regiones de gran presencia indígena por razones de origen o de migración.

A partir de esa detección deberá informársele a la persona que tiene una serie de derechos, como por ejemplo, ser asistido por un intérprete y defensor que conozca su lengua y cultura e interponer los recursos y medios de defensa a su alcance, así como hacer las adecuaciones que permitan que le sean de fácil comprensión las diferentes etapas del procedimiento.

Por otro lado, *las y los juzgadores deben estar atentos ante la aplicación de criterios altamente ambiguos o discrecionales por agentes del Estado (por ejemplo, el detener a una persona por bajo el criterio de poseer una "actitud sospechosa"), los cuales se prestan a aplicaciones discriminatorias en perjuicio de los miembros más marginados de la sociedad. En caso de conocer de asuntos en los que se hayan aplicado tales criterios a una persona indígena, el acto realizado (la detención en este caso) debe ser objeto de un estricto escrutinio, ya que presumiblemente se trata de un actuar arbitrario (y discriminatorio).*

Las y los juzgadores deben proveer lo necesario para comprender la cultura de la persona sujeta a proceso y para que ésta comprenda las implicaciones de los procedimientos jurídicos.

39 Opinión N° 5 (2013) del Mecanismo de Expertos: acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, párrafo 4. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

40 Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.* Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 15. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

En síntesis, las y los juzgadores deben considerar la desigualdad estructural que padecen los pueblos indígenas, esos factores que sin posibilidad de opción, colocan a las personas dentro de grupos históricamente sometidos y marginados y por ello deben tomar medidas concretas que ayuden a reducir los obstáculos que impiden la defensa eficaz de los intereses de las personas y pueblos indígenas.

INSTRUMENTO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2º.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 9° y 33.

Convenio 169 de la Organización del Trabajo, artículo 1°.

PRINCIPIO

2 AUTOIDENTIFICACIÓN

2.A. A quién corresponde definir lo indígena

Las personas y los pueblos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad indígena y a determinar su identidad y pertenencia conforme a sus costumbres.

La autoadscripción es el criterio para determinar si una persona es indígena, pues la definición de lo indígena no corresponde al Estado. Es prerrogativa de quienes tienen conciencia de pertenecer a un pueblo o comunidad indígena definirse como tales.

En tal sentido, la autoadscripción es el acto voluntario de personas o comunidades que, teniendo un vínculo cultural, histórico, político, lingüístico o de otro tipo, deciden identificarse como miembros de un pueblo indígena reconocido por el Estado nacional.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Basta el dicho de la persona para que se acredite este hecho y esto debe ser suficiente para la juzgadora o el juzgador. Resulta irrelevante, por ejemplo, que no lo haya manifestado al momento de rendir declaración ministerial o preparatoria[41]. No es facultad del Estado definir lo indígena, ni expedir constancias o certificados de pertenencia, tampoco controvertir el dicho de quien se ha definido como tal. En casos colectivos, basta que los representantes comunitarios así lo manifiesten y que exhiban, por ejemplo, las actas de asamblea en las que se haga constar este hecho.

Quien se autoadscribe como indígena no tiene la carga de la prueba sobre esa circunstancia, pues no es una condición biológica o fenotípica, ni conlleva referentes materiales específicos e inmutables, sino que se trata de una identificación subjetiva con una identidad cultural.

2.B. El reenvío a los mecanismos indígenas

La Corte Interamericana observó que la identificación de la comunidad, desde su nombre hasta su composición, era "un hecho histórico social" que hacía parte de su autonomía. Por tanto, la

41 Al resolver el Amparo Directo 1/2012, 17/2012, 38/2012 y 51/2012 la Primera Sala sostuvo de forma diversa que: Para evitar inseguridad jurídica y fraudes a la ley, la autoadscripción como indígena deberá realizarse en las primeras etapas del proceso penal, sean ante el MP o durante la fase de preinstrucción; por lo que si dicha manifestación se realiza en la instrucción, primera o segunda instancias, o ante el Colegiado, dicha manifestación no detentará la fuerza suficiente para reponer el procedimiento penal.

Corte y el Estado debían limitarse "a respetar las determinaciones que en este sentido presente la comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique".[42]

CONSIDERACIÓN PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Esta autoidentificación la mayoría de las veces implica un reenvío a los sistemas jurídicos indígenas tanto para definir su integración como quienes son sus autoridades.

42 Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones*, (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p. 16. Consultado el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf

INSTRUMENTO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2º.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 3º, 4º, 5º.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 1, 1.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículo 4.

PRINCIPIO

3 MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA

Como criterio de interpretación

Todos los pueblos tienen derecho a la libre determinación, esto significa el reconocimiento a la capacidad de decidir sobre lo propio.

El derecho a la libre determinación se ejerce mediante el control de sus instituciones, así como de su desarrollo social y cultural dentro del marco del Estado en que viven, (...)[43] ello implica que los Estados respeten la integridad de los valores, prácticas e instituciones que se derivan de su identidad como pueblos indígenas.[44]

De acuerdo con la normatividad interna, el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas se expresa mediante la autonomía, misma que se ejerce dentro del marco jurídico nacional; textualmente se define así: *"deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio".*

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

El principio que se sugiere privilegiar es el de la maximización de la autonomía y no el de la injerencia en las decisiones que les corresponden a los pueblos, por ejemplo, en el ámbito de sus autoridades, instituciones, sistemas jurídicos y opciones de desarrollo.

Los pueblos indígenas son parte constitutiva del Estado y debe protegerse su derecho colectivo a participar de manera eficaz en los procesos de toma de decisiones que puedan afectar sus derechos e intereses.

43 Párrafo Preambular 5 y otros Artículos del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Disponible en la página electrónica: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

44 Artículo 5, b, del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Las y los juzgadores deberán reconocer y respetar las formas propias de elección, de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, de sus autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados.

INSTRUMENTO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2º.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 8, 9 y 12.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 13 y 40.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8º.

PRINCIPIO

4 ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES

4.A. Acceso a la justicia interna

"De conformidad con el derecho a la libre determinación, los pueblos indígenas deben tener acceso a la justicia a nivel externo, de los Estados, e interno, a través de los sistemas consuetudinarios y tradicionales indígenas, y deben tener acceso a la justicia tanto de manera individual como colectiva."[45]

Es importante alinear la justicia ordinaria con la justicia indígena, a fin de generar un marco normativo que "evite los solapamientos entre ambas jurisdicciones y que proporcione algunas reglas básicas de cómo debe ser la relación, cuáles son los límites de la *jurisdicción indígena*, cuál es la competencia que le corresponde a cada una de ellas y cuál debe ser la regla a aplicar si un asunto o conflicto es asumido por una jurisdicción cuando le corresponde a otra."[46]

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, respetando los derechos humanos y de manera relevante la dignidad e integridad de las mujeres. De ahí que los juzgados deben considerar declinar competencia en aquellos casos que corresponde conocer a las autoridades propias de los pueblos.

Es obligación de los tribunales del Estado, reconocer la existencia de los sistemas normativos indígenas y convalidar las resoluciones y elecciones que se realicen conforme a los mismos, siempre y cuando respeten derechos humanos.

El juzgador o la juzgadora tendrá que allegarse todos los datos que le permitan comprender la lógica jurídica que la autoridad indígena aplicó, prevaleciendo el diálogo y el respeto a la diversidad cultural.

45 Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.* Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 5. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

46 *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal,* Due Process of Law Foundation, 2012.

Mínimos que la justicia indígena no puede desconocer

"En algunos casos los propios Estados impugnan las prácticas judiciales indígenas, a menudo basándose en el argumento de que los sistemas tradicionales son discriminatorios o incompatibles con las normas nacionales o internacionales. Es importante señalar que la Declaración exige el cumplimiento de las normas internacionales de derechos humanos, pero no incluye ninguna disposición similar con respecto a los sistemas nacionales."

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Es ilustrador lo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia elaboró y denominó como los "mínimos contenido éticos" que la administración de justicia indígena no puede desconocer, independientemente de su cultura, pautas o tradiciones, incluyendo: 1) el derecho a la vida (no a la pena de muerte); 2) el derecho a la integridad física (no a la tortura); 3) el derecho a la libertad (no a la esclavitud) y 4) el derecho a un debido proceso (de acuerdo con las propias reglas establecidas en la comunidad).

4.B. Acceso a la justicia externa

"Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos."[47]

[...] "Entre los elementos de dicho acceso a la justicia se cuentan el derecho a un recurso efectivo, la equidad en el procedimiento y la necesidad de que los Estados adopten medidas positivas para permitir dicho acceso."[48]

Este principio está relacionado con la oportunidad de las personas de participar en procesos determinantes para el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con el debido proceso legal y como garantía fundamental del juicio justo. Este derecho se ha entendido como una especie de acción afirmativa orientada a subsanar o reducir las desventajas que sufren los pueblos indígenas para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

El reconocimiento de los derechos indígenas implica que al aplicar la legislación nacional dentro de un proceso o juicio, la persona juzgadora parta de:

47 Artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en la página electrónica: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf

48 Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafo 11. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

a) la identificación de una identidad cultural diferente que tiene un referente colectivo, es decir, que se trata de pueblos con organización e instituciones propias, dentro de las que se comprenden instituciones jurídicas y políticas y que tienen su raíz en una cultura diferente que debe ser respetada y apoyada en su desarrollo; y
b) la obligación que tiene de considerar las normas **de estos pueblos con el fin de valorarlas correctamente en el contexto y significado real de los hechos.**

Lo anterior implica, por ejemplo, que desde la detención, la persona a quien se le imputa la comisión de un delito tenga acceso a los medios necesarios, tanto técnicos (asistencia de un defensor e intérprete) como materiales (la posibilidad de investigar y aportar pruebas), a partir de su propia identidad cultural, para definir e implementar una estrategia de defensa frente a esa imputación.

La esencia de este derecho consiste en la oportunidad que tenga la defensa para participar en el proceso penal, en condiciones de igualdad respecto a la acusación, para hacer valer su perspectiva sobre los hechos (defensa material) y el derecho (defensa técnica). Es evidente que para una persona ajena a los códigos y el lenguaje técnico usado en el tribunal, el derecho a la defensa implica la provisión de un especialista con conocimiento de la lengua y la cultura del implicado. De esta manera, se debe garantizar que la persona implicada conozca y entienda con anticipación y en detalle la acusación formulada en su contra.

Los instrumentos internacionales prevén que para el pleno cumplimiento del derecho a la defensa, además de la provisión por parte del Estado de un defensor con conocimiento de la cultura e intérprete con el conocimiento de su lengua, sin importar que el inculpado no nombre uno o no los pueda pagar, es necesario que la persona pueda comunicarse libremente y en privado con su defensor, incluso antes de su primera declaración. Este derecho es fundamental y esto no sería posible si el defensor y el imputado no comparten la lengua materna de la persona o no cuentan con traductor y si éste no tiene nociones de la dimensión cultural en que se socializó su defendido y sus implicaciones para el proceso.

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Está en los impartidores de justicia averiguar si en los casos que revisan hay elementos de especificidad cultural relevantes para ser tomados en cuenta en el momento de determinar, por ejemplo, la responsabilidad penal y si estos elementos influyeron en la comisión de los hechos o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado.

Para que la justicia sea cultural y materialmente accesible a estas personas y colectivos, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, deben contar con intérpretes que conozcan su lengua. Deben contar con los medios eficaces para comprender y hacerse comprender dentro del procedimiento. Para ello es recomendable que en caso de requerir peritos intérpretes o peritos técnico-culturales, se soliciten sus servicios a la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de la Judicatura Federal.[49]

49 Teléfonos (55) 54 90 80 00, extensiones 1575 y 1589. Con la Lic. Baza.

Las personas juzgadoras deberán tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales, tanto para determinar si la conducta particular está influida por una visión del mundo distinta al sentido común que presupone la ley positiva, como para determinar si en el contexto socio-cultural de la persona indígena existen normas que le prohibieron, le obligaron o le permitieron realizar conductas distintas a las esperadas por el derecho positivo.

La persona juzgadora debe hacer una valoración integral del caso y el contexto cultural del indiciado mediante una actitud proactiva orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, allegándose los elementos que le ayuden a resolver considerando esas especificidades.

Se recomienda consultar a peritos antropólogos expertos sobre el pueblo indígena involucrado a fin de ofrecer un marco general del sistema cultural de la persona involucrada y su sistema normativo.

INSTRUMENTO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 8, 26, 32.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21.

Comité de Derechos Humanos, Observación General No. 23: Los derechos de las minorías.

Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, artículo 27.

PRINCIPIO

5 PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

5.A. Detección y protección especial

La protección especial de sus territorios y recursos es uno de los derechos fundamentales para que los pueblos indígenas puedan reproducirse, mantener y desarrollar sus culturas.[50]

El artículo 26 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala que los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra. Y en el artículo 8, la Declaración señala que los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:
[...]
b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos;

"Una dimensión particular del acceso a la justicia guarda relación con el hecho de superar las injusticias y la discriminación históricas de que han sido objeto durante largo tiempo, entre otras situaciones, en relación con la colonización y la desposesión de las tierras, los territorios y los recursos de los pueblos indígenas. Las injusticias cometidas en el pasado que siguen sin resarcirse constituyen una permanente afrenta a la dignidad del grupo, lo que contribuye a mantener la desconfianza hacia los culpables, especialmente cuando es el Estado el que reclama su autoridad sobre los pueblos indígenas como resultado de ese mismo agravio histórico. El daño asociado a las injusticias históricas se sigue produciendo actualmente y, por lo tanto, debe tenerse en cuenta. Muchas de las dificultades a las que se enfrentan hoy día los pueblos indígenas tienen su origen en agravios pasados."[51]

50 Ver: Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172. Disponible en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

51 Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafos 6 y 7. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Los juzgadores deben identificar y reconocer si el asunto que conocen involucra la tierra, el territorio o los recursos naturales de un individuo o comunidad indígena y asentarlo explícitamente para su posterior protección. Para ello, puede auxiliarse en esa identificación con periciales históricas, etnohistóricas, documentos coloniales, paleografías, monografías o expedientes de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (antes Secretaría de la Reforma Agraria).

En razón a esa protección especial las y los jueces deben abrir paso a las reivindicaciones o recuperaciones de los territorios que planteen los pueblos indígenas y no obstaculizarlas.

5.B. Territorio y posibilidades de pervivencia

Según el Convenio 169 de la OIT, el concepto territorio va más allá de lo dispuesto por el derecho agrario, ya que por la importancia material, simbólica y espiritual que reviste para la cultura de estos pueblos, el territorio comprende la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna manera (incluyendo el acceso al mismo), y los sitios que consideran sagrados y ceremoniales, lugares que deben protegerse con las mismas consideraciones que los territorios en los que se asientan esos pueblos.

CONSIDERACION PARA LAS Y LOS JUZGADORES

En tal sentido, es necesario que el juzgador reconozca la especial relación que los pueblos indígenas guardan tanto en lo colectivo como en lo individual con la tierra y procedan a su protección en el caso específico (al momento de la valoración de las pruebas y del dictado de la sentencia respectiva).

5.C. Protección a la propiedad pero también a la posesión indígena

En relación con lo anterior, es ilustrativa la interpretación de los órganos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, donde la propiedad indígena sobre sus territorios tradicionales se fundamenta "no en el reconocimiento oficial del estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos".[52]

El estándar establecido por la Corte Interamericana resulta relevante en la medida que incorpora a la noción de posesión del territorio, no sólo la ocupación física, sino también actividades de carácter permanente o estacional y usos relacionados a la cultura de los pueblos indígenas y tribales. [53]

Se deben considerar y respetar las formas internas de posesión y traslado de dominio indígenas.

52 Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso. *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Bélgica: 2010), versión manuscrita, p.46. Consultado el 08 de octubre de 2013 en la página electrónica: http://www.corteidh.or.cr/tablas/r28583.pdf

53 Ibid p. 48

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Se debe otorgar importancia a los "títulos virreinales" (previos a los modernos expedientes emitidos por la antes SRA) como prueba indiciaria para acreditar posesión inmemorial. También se deben considerar con valor probatorio los documentos y constancias expedidas por autoridades tradicionales.

De la mera presencia de indígenas en áreas geográficas donde se pretenden desarrollar proyectos por parte de empresas, debe derivarse una fuerte presunción *iuris tantum* de que éstos tienen algún tipo de derecho sobre los recursos y los territorios que han venido poseyendo u ocupando.

5.D. Acciones colectivas

Uno de los principales cambios[54] que trajo la reforma constitucional en materia de amparo del 2011, es la ampliación de posibilidades para acudir al juicio[55], a través del establecimiento del concepto del interés legítimo, mismo que posibilita su interposición a diversos titulares cuando existan afectaciones a sus derechos, en su esfera jurídica más amplia, generando la posibilidad de la tutela de intereses difusos y colectivos y la solución a conflictos más allá de las demandas *átomo*.

Debe garantizarse la promesa constitucional en materia de intereses difusos o colectivos haciendo un reconocimiento de legitimación procedimental *de base ancha*. Ello pone en crisis las categorías clásicas de interés legítimo y derecho subjetivo como posibilidades de satisfacer individualmente las necesidades mediante la apropiación de objetos separables y susceptibles de apropiación exclusiva, requiriéndose en consecuencia encontrar nuevos tipos de protección a través de las llamadas acciones colectivas, asignadas en cabeza de un grupo, clase o conjunto de personas y que pueden ser iniciadas, como en autos, por cualquiera de ellas.[56]

El desafío que compete en el nuevo siglo a los operadores judiciales frente a una sociedad expectante que requiere respuestas oportunas y convincentes es dar certeza en un tiempo razonable y de manera debidamente motivada y justa abriendo las puertas de la jurisdicción y garantizando la tutela de las libertades fundamentales a todos los habitantes.

54 Además de la ampliación del objeto materia del juicio de amparo, esto es, los derechos por los cuales podemos iniciar un juicio cuando son violados por la autoridad, incorporando los derechos humanos reconocidos en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado mexicano.

55 Antes se requerían tres elementos para su procedencia: a) una norma que previera el derecho; b) un titular individualizado de ese derecho; c) que ese individuo tuviera la facultad de exigirlo, lo que provocaba que muchos actos no fueran materia de control constitucional.

56 Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006. Consultada el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica:
http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-qompi-vs-provincia-del-chaco&ei=DoHkUdyqHqrfyQHQrIDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6JjoOb8xcijXWoQ&bvm=bv.48705608,d.aWM

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Las y los jueces deberán afrontar los retos de esta reforma constitucional, abriendo nuevas vías para los reclamos de las personas y los grupos, a fin de tutelar efectivamente sus derechos (incluyendo su dimensión colectiva); por lo que es necesario dejar de pensar que el derecho subjetivo está siempre referido a un titular determinado o al menos determinable.

Las leyes procesales deben interpretarse con amplitud, pues el rechazo de una acción en virtud de una interpretación restrictiva o ritualista es susceptible de causar una lesión a los derechos de estos pueblos.

De esta forma, deberán reflexionar acerca de la admisión de las acciones procesales de aquellas personas que en lo individual o colectivamente lo accionen, aunque, por ejemplo, no sean titulares de esos derechos, a fin de someter a un control constitucional la actuación de la autoridad que se señale como responsable.

En muchos casos, la titularidad de los derechos de las y los indígenas, es colectiva. Dada esta situación, la legitimación procesal se amplía a los sujetos interesados (toda una colectividad o a cada uno de sus miembros).

INSTRUMENTO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2º.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 6 y 7.

Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículos 19 y 32.

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, A/65/264, 2010.

Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo en su 282ª sesión, noviembre de 2001.

Informe del Relator Especial de Naciones Unidas A/66/288 de agosto de 2011

PRINCIPIO

6 PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN QUE LOS AFECTE

6.A. Obligación de corroborar

Como ha afirmado la Corte IDH, además de constituir una norma convencional, la obligación de consulta es también un principio general del Derecho Internacional. Es un derecho colectivo que tiene un doble carácter: es un derecho íntimamente vinculado con la libre determinación y a la vez un instrumento central para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

El derecho de los pueblos indígenas a participar en la adopción de decisiones que puedan llegar a afectar sus derechos e intereses es fundamental para el pleno ejercicio de derechos como la salud, materializar sus propias prioridades para el desarrollo, la preservación cultural, al agua, al medio ambiente sano, entre otros.

Aun cuando la ley nacional establezca que los derechos sobre recursos del subsuelo forman parte del patrimonio nacional, el Estado tiene la obligación de "consultar con los pueblos indígenas y tribales que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas".[57]

La consulta se requeriría no solo cuando las tierras que pudieran ser afectadas por una medida o actividad hayan sido reconocidas como tierras indígenas por el derecho interno..."se plantea siempre que estén en juego sus intereses particulares, incluso si dichos intereses no corresponden a un derecho a la tierra".[58]

57 López Bárcenas, Francisco. *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta.* Servicios para una Educación Alternativa A.C. México, 2013, p. 61. Consultado el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: http://www.lopezbarcenas.org/sites/www.lopezbarcenas.org/files/EL%20DERECHO%20DE%20LOS%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20DE%20MEXICO%20A%20LA%20CONSULTA.pdf

58 Informe del Relator Especial 2009, A/HRC/12/34, párr. 44. Consultado el 08 de octubre de 2013 y disponible en la página electrónica: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8057

En palabras del Relator Especial:

a) los Procedimientos de consulta constituyen vías mediante las cuales los Pueblos Indígenas pueden contribuir a la evaluación previa de los posibles efectos de la actividad propuesta, en particular los efectos sobre sus derechos sustantivos e intereses.
b) Son claves para la búsqueda de alternativas menos dañinas o para la definición de medidas de mitigación.
c) Son mecanismos para llegar a acuerdos favorables desde sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, al proporcionar beneficios tangibles y promover el disfrute de sus derechos humanos.
d) El consentimiento o acuerdo proporciona la necesaria aprobación social - una relación positiva entre los operadores del proyecto con las personas más directamente afectadas y contribuirá a la necesaria estabilidad del proyecto.[59]

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

No puede asumirse que por el hecho de haber sido aprobada una ley o realizado un acto administrativo que afecte la vida de los indígenas, existió una consulta previa. El impartidor o la impartidora de justicia debe corroborar fehacientemente que en todo acto administrativo o legislativo que les afecte, se haya garantizado el derecho a la participación, la consulta y el consentimiento libre, previo e informado según el caso.

"El incumplimiento de la norma de consulta o su realización sin observar sus características esenciales, compromete la responsabilidad internacional de los Estados".[60]

6.B. Principios

Los principios esenciales de este derecho son:

1. *La consulta debe realizarse con carácter previo a la adopción de la medida a ser consultada. Las comunidades que resultarán afectadas deben ser involucradas lo antes posible en el proceso.*
2. *La consulta no se agota con la mera información, debe ser un diálogo genuino con el deseo de llegar a un acuerdo común.*
3. *La consulta debe ser de buena fe, dentro de un procedimiento que genere confianza entre las partes.*
4. *La consulta debe ser adecuada y a través de instituciones representativas indígenas, esto es tomando en cuenta los métodos tradicionales del pueblo para la toma de decisiones.*
5. *La consulta debe ser sistemática y transparente.*[61]

59 Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2, párrafos 29, 58 y 59. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf

60 Corte IDH, caso del pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

61 Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile.* 2009. Disponible en la página electrónica: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf

CONSIDERACIONES PARA LAS Y LOS JUZGADORES

Cuando un caso se judicialice por no haber sido respetado este derecho, el juzgador o juzgadora deberá ponderar:

1. Que existen derechos derivados de la tenencia y usos indígenas de la tierra, el territorio y los recursos naturales;
2. Que existe la obligación del Estado de consultar (en su idioma) a estos pueblos en relación con las actividades que les afecten y las responsabilidades conexas de las empresas, incluyendo entre otros temas: estudios de impacto, distribución de beneficios y medidas de mitigación;
3. Que el Estado debe de proveer de toda la información necesaria e imparcial para que los indígenas puedan tomar una posición;
4. Que existe la obligación de buscar el consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa;
5. Que es un derecho de los pueblos indígenas el ser consultados a través de las instituciones representativas que existan o designen para el caso;
6. Que el Estado debe realizar la consulta de buena fe y dialogar con las autoridades delegadas expresamente por los pueblos;
7. Que debe concertarse con los pueblos indígenas el procedimiento de la consulta previa.

Es obligación del Estado respetar los usos y costumbres de los pueblos indígenas en el proceso de consulta, en particular sus tiempos, sus procesos internos, su idioma y sus instituciones.

En los proyectos de menor impacto dentro del territorio, se debe procurar el consentimiento libre, previo e informado sobre el proyecto o por lo menos sobre la identificación de los impactos, así como la forma de prevenirlos y mitigarlos.

"La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados antes de seguir adelante con la iniciativa propuesta, a saber: situaciones en que el proyecto dé lugar al desplazamiento por la fuerza de un grupo indígena de sus tierras o territorios (art. 10) y los casos relacionados con el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29). **A estas situaciones el Relator Especial agregaría las relativas al establecimiento de proyectos de extracción de recursos naturales en tierras de pueblos indígenas y otras situaciones en que los proyectos podrían tener una repercusión social o cultural importante en las vidas de los pueblos indígenas de que se trata".**[62]

Se sugiere considerar las tres barreras que en la práctica obstaculizan los procesos de consulta y que la organización argentina Dejusticia ha desarrollado[63]:

62 Párrafo 84 del informe A/66/288 del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

63 Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas, *La consulta previa: Dilemas y Soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá, junio de 2012. Pp. 12-15. Disponible en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=justicia transicional&publicacion=1246

"...lejos de asemejarse a las condiciones ideales de deliberación abierta y diálogo horizontal y libre que asumen las normas jurídicas, en la práctica, las consultas tienen lugar en contextos marcados por la violencia, la desigualdad y la desinformación por lo tanto habrá que observar tres condiciones de posibilidad asociadas con sendos obstáculos:

La primera barrera empírica de las consultas es la **profunda asimetría de poder** entre los pueblos y sus interlocutores (el Estado y las empresas en consultas sobre proyectos económicos concretos, y el Estado). Las diferencias de poder son múltiples, desde la notoria brecha de acceso a información relevante hasta las obvias asimetrías de recursos económicos, pasando por las diferencias relacionadas con las condiciones de seguridad de las partes, la asesoría profesional con la que cuentan y su capacidad para persistir en el proceso, a pesar de los costos, demoras y otras dificultades. La primera condición de posibilidad es la existencia de mecanismos de contrapeso que mitiguen o eliminen esas diferencias. Los mecanismos pueden ser de diversa naturaleza. Pueden consistir, por ejemplo, en la participación de organizaciones regionales y nacionales para fortalecer la voz y las capacidades de interlocución de los pueblos; la disponibilidad de asesoría especializada y libremente escogida por los pueblos para acompañar el proceso; o la asignación de recursos económicos para que los pueblos y las organizaciones puedan acudir efectivamente a las diligencias de consulta. Solo la existencia de este tipo de mecanismos, puede garantizar que se cumpla uno de los requisitos esenciales de la consulta: que sea libre.

La segunda barrera central es la **opacidad de la información**. En las consultas sobre proyectos económicos, casi nunca los afectados tienen acceso a todos los detalles relevantes sobre la duración, la magnitud y los efectos económicos, sociales y culturales de las obras planeadas, ya sea la construcción de una represa o la explotación de un yacimiento mineral. En las consultas brillan por su ausencia explicaciones accesibles y transparentes acerca de sus efectos potenciales sobre la vida, la cultura y la economía de los afectados. Para sortear esta profunda falla se requieren mecanismos de circulación de la información, que constituyen la segunda condición de posibilidad. Entre ellos se encuentran los espacios autónomos de reunión donde las personas y organizaciones puedan difundir, discutir y evaluar libremente los datos esenciales de la medida o proyecto sobre el que versa la consulta; materiales de información y capacitación asequibles para un público no especializado, en general, y para los pueblos afectados, en particular; y acuerdos de buena fe entre las partes para que la nueva información relevante que surja durante el proceso de consulta sea compartida y difundida. Solo este tipo de condiciones garantiza que se cumpla otro requisito definitorio de la consulta: que sea informada.

El tercer factor que impide una consulta genuina es **la insuficiencia de tiempo**. Las consultas suelen llegar demasiado tarde, cuando ya los proyectos económicos han comenzado a generar efectos o las medidas han avanzado en su trámite. Adicionalmente, por falta de planeación y previsión gubernamentales, tienden a ser realizadas de manera atropellada, en una verdadera carrera contra reloj, que implica que, en unos pocos días, se deben surtir diálogos complejos sobre asuntos que pueden determinar el destino de poblaciones enteras. Estos cronogramas no solo resultan apresurados para las entidades estatales, sino que desconocen las circunstancias de las personas cuya ubicación geográfica y prácticas económicas y culturales hacen imposible (e indeseable) ajustarse a los ritmos de consultas relámpago. Por último, el manejo del tiempo es inadecuado en cuanto es discontinuo e irregular: son

frecuentes las interrupciones y suspensiones de las consultas, que luego son aceleradas de forma drástica cuando se vencen los plazos o surgen urgencias jurídicas y políticas. Frente a esta realidad, se sigue que una tercera condición de posibilidad de la consulta es el uso adecuado del tiempo. La adecuación del manejo del tiempo se refiere, en primer lugar, a la anticipación con la que se inicien los diálogos. En el caso de las medidas legislativas, esto implica que la oportunidad de iniciar el proceso no solo debe ser anterior a la radicación del proyecto de ley en el Congreso, sino que debe contar con suficiente anticipación para garantizar que pueblos y organizaciones se informen y preparen para participar en la consulta. De esto depende que se cumpla el último requisito definitorio de la consulta: que sea previa. El uso adecuado del tiempo implica, además, que la consulta se extienda a lo largo de un período suficiente para que los pueblos y las organizaciones puedan acudir y participar en ella, dentro de cronogramas acordes con sus prácticas culturales, su ubicación geográfica y las dificultades relacionadas con sus condiciones reales de vida. Finalmente, para que el tiempo de la consulta sea continuo, se requiere cumplir los acuerdos entre las partes sobre el procedimiento, sobre los contenidos de la medida legislativa consultada o sus bases jurídicas o políticas. Sellar los acuerdos o las reglas, cumplirlas y no retroceder en lo negociado es una garantía de que el proceso avanzará, de que los pasos de la consulta no serán en vano y que los avances logrados no serán desconocidos súbitamente".

Capítulo

III.

Sentencias relevantes relacionadas con los principios

Muchos países en la región se están enfrentando al reto de incorporar a sus resoluciones normas sobre derechos humanos de fuente internacional y existen excelentes muestras de los pasos que se han dado para concretar este objetivo a través de sentencias protectoras de los derechos individuales y colectivos de los pueblos indígenas.

El análisis de los derechos indígenas a la luz de sentencias de diferentes países implica considerar el fenómeno indígena desde un horizonte rico en matices. A continuación ofrecemos algunos ejemplos encaminados a garantizar el auxilio de intérpretes y peritos, a ampliar criterios de admisión y desahogo de pruebas, a tomar en cuenta las diferencias culturales, a dar paso a las jurisdicciones y elecciones indígenas, a proteger las tierras, territorios y recursos de estos pueblos y verificar que éstos hayan sido consultados cuando se toman medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectarlos; entre otros.

Aunque esta es una pequeña muestra de decisiones jurisdiccionales, buenas prácticas e informes que resultan insuficientes para contrarrestar la gravedad de los problemas que enfrentan los pueblos indígenas en los sistemas de justicia, estamos seguros de que, en alguna medida, contribuyen –brindando otros criterios y miradas jurisdiccionales- al reto enorme que tienen los poderes judiciales para promover la superación de las barreras que los pueblos indígenas enfrentan cotidianamente para gozar de sus derechos.

PRINCIPIO

1 IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

CASO QUE ILUSTRA

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.[64]

Párrafo 269

El principio de la *protección igualitaria y efectiva de la ley y de la* ***no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos*** *consagrado en varios instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación* ***ha ingresado en el dominio del jus cogens. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permean todo el ordenamiento jurídico.***

Párrafo 271

La Corte Interamericana ha señalado que ***"los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto"****. Los Estados están obligados "a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinado grupo de personas. Esto implica* ***el deber especial de protección que el Estado debe ejercer con respecto a actuaciones y prácticas de terceros*** *que, bajo su tolerancia o aquiescencia, creen, mantengan o favorezcan las situaciones discriminatorias".*

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.[65]

Párrafo 103

En referencia a lo que no constituye discriminación: Es un principio establecido en el derecho internacional que ***el trato desigual a personas en condiciones desiguales no necesariamente constituye discriminación no permitida.***

64 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf
65 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

Corte IDH. *Caso Baldeón García Vs. Perú.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.[66]

Párrafo 202

Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe tener en cuenta los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

66 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf

PRINCIPIO

2 AUTOIDENTIFICACIÓN

CASO QUE ILUSTRA

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 28/2007. Primera Sala. Resolución 27 de junio 2007.[67]
Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Primera Sala. Resolución 05 de diciembre de 2007.[68]

Página 71

...la definición de lo indígena no corresponde al Estado, sino a los propios indígenas. ***El Estado y, en particular, los órganos encargados de la persecución de los delitos y de la impartición de justicia deben guiarse, en la calificación oficial, por lo que la población indígena decida...***

Páginas 30 y 31

No hay que olvidar que ***la Constitución se refiere a la conciencia de la identidad indígena, sin exigir siquiera expresamente que exista un tipo determinado de declaración o comunicación externa de la misma. La apreciación de si existe o no existe una autoadscripción indígena en un caso concreto debe descansar en una consideración completa (no parcial), basada además en constancias y actuaciones (no en la opinión personal del juzgador de amparo)****, y debe realizarse además siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de los derechos de las personas, sobre todo en casos penales y en aquellos que prima facie parecen involucrar a grupos estructuralmente desaventajados. En estos casos, la actitud del juzgador (siendo "juzgador" no solamente el juez penal ordinario sino, naturalmente, también el juez o tribunal de amparo, cuya justificación institucional es precisamente ser el garante de los derechos fundamentales) debe ser la más favorable a la garantía de los derechos del procesado".*

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Tesis Aislada, Primera Sala, Décima Época.[69]

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUN-

67 http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=88430
68 http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=95279
69 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c788000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=COMUNIDADES%20Y%20PUEBLOS%20IND%c3%8dGENAS.%20CUALQUIERA%20DE%20SUS%20INTEGRANTES%20PUEDE%20PROMOVER%20JUICIO%20DE%20AMPARO%20EN%20DEFENSA%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES%20COLECTIVOS&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2004169&Hit=1&IDs=2004169

DAMENTALES COLECTIVOS. El derecho humano de acceso a la justicia para las comunidades o pueblos indígenas, contenido en el artículo 20. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva de la situación de vulnerabilidad en que aquéllos se encuentran y del reconocimiento de su autonomía, por ello, en dicho precepto se fijó un ámbito de protección especial que, sin tratarse de una cuestión de fuero personal, garantiza que sus miembros cuenten con la protección necesaria y los medios relativos de acceso pleno a los derechos... En esa medida, el acceso pleno a la jurisdicción del Estado, cuando se trate de medios de defensa de derechos fundamentales, como es el juicio de amparo, ***debe permitirse a cualquier integrante de una comunidad o pueblo indígena, instar a la autoridad jurisdiccional correspondiente para la defensa de los derechos humanos colectivos, con independencia de que se trate o no de los representantes de la comunidad, pues esto no puede ser una barrera para su disfrute pleno.***

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.[70]

Párrafo 37

... la Corte resalta que no corresponde a este Tribunal ni al Estado determinar la pertenencia étnica o el nombre de la Comunidad. Como el mismo Estado reconoce, "no puede [...] unilateralmente adjudicar o desmentir denominaciones de [las] Comunidades Indígenas, por corresponder este acto a la Comunidad en referencia". La identificación de la Comunidad, desde su nombre hasta su composición, es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía. Este ha sido el criterio del Tribunal en similares situaciones. Por tanto, ***la Corte y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma cómo ésta se auto-identifique.***

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-973 de 2009, citada en la Sentencia T-601/11.[71]

Nota de la página 39

La Corte ha considerado que se trata de un principio constitucional del que se deriva el derecho fundamental a la identidad étnica, tanto de las comunidades indígenas como de sus integrantes que, puede ser definido, ***"como la facultad de todo grupo indígena y de sus miembros, a formar parte de un determinado patrimonio cultural tangible o intangible y de no ser forzado a pertenecer a uno diferente o a ser asimilado por uno distinto"****. Es un derecho subjetivo, que conforme a la jurisprudencia constitucional, deviene también en un derecho constitucional fundamental.*

70 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf
71 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-973-09.htm

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.[72]

Página 9

[...]También se ha dicho que la comunidad indígena entendida como unidad socio-política es un ente con personalidad jurídica propia, susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Este hecho, surgido del reconocimiento constitucional de la preexistencia de los pueblos indígenas e instrumentado en forma expresa por el art. 75, inc.17, de la C.N., implica que ***el Estado puede tan sólo reconocer esa Personalidad Jurídica y no otorgarla*** *como en el caso de los otros cuerpos con estatutos societarios citados por el Código Civil. Este reconocimiento debe ser entendido en consonancia con el mandato constitucional de respetar la identidad de los Pueblos, lo que significa el respeto a sus mecanismos de representación y toma de decisiones, los que ciertamente no son los de la democracia representativa.*

Página 13

[...] Cabe tener presente que el reconocimiento legal de las Comunidades Indígenas, ***el Estado debe limitarse a constatar la existencia de las mismas,*** *inscribiéndolas en un registro especial. Es decir,* ***el Estado debe reconocerles su personería por el sólo hecho de existir, en forma declarativa y no constitutiva,*** *como ocurre con otras entidades y asociaciones previstas en el Código Civil.*

Página 14

[...] ***Que los pueblos indígenas o comunidades sean personas implica un reenvío al derecho consuetudinario de las propias comunidades tanto para definir su integración como sus autoridades.***

72 http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-qompi-vs-provincia-del-chaco&ei=DoHkUdyqHqrfyQHQrIDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6JjoOb8xcijXWoQ-&bvm=bv.48705608,d.aWM

PRINCIPIO

3 MAXIMIZACIÓN DE LA AUTONOMÍA

CASO QUE ILUSTRA

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.[73]

Página 32 a 46

Al respecto, debe considerarse que ***el derecho a la libre determinación y la autonomía establecido en el artículo 20, quinto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se entiende como la base del ejercicio de una serie de derechos específicos relacionados con los ámbitos de decisión política, económica, social y jurídica al interior de las comunidades que forman parte de los pueblos indígenas, los cuales, por lo tanto deben ser respetados por el Estado mexicano*** *para garantizar las expresiones de identidad de dichos pueblos y sus integrantes.*

En ese contexto jurídico encontramos el derecho de las comunidades indígenas a la libre determinación, dentro del cual se ubica a los derechos políticos; lo cual se explica a partir de que, esa prerrogativa se traduce en la facultad de ejercer su autodeterminación al interior de los estados es decir, su autonomía. Ésta consiste, en el aspecto interno, en ejercer libremente sus formas de gobierno interno y acceder a las tomas de decisiones de su autogobierno; y, en el ámbito externo, participar libremente en las formas de gobierno en sus entidades federativas y en la toma de decisiones en ese nivel.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-601/11.[74]

Página 41

...este órgano colegiado ha venido sosteniendo que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por las Naciones Unidas en el año 2007, refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la autonomía de las comunidades indígenas, declaración que para el juez se constituye en una pauta de interpretación importante de los derechos fundamentales de las comunidades tribales[75]...la Corte Constitucional desde sus inicios ha considerado que los principios de las comunidades indígenas a la diversidad cultural e integridad étnica y determinar sus propias instituciones y

73 http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm
74 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-601-11.htm
75 Sentencias T-704 de 2006, T-514 de 2009 y T-617 de 2010.

autoridades de gobierno[76]*, así como a darse y conservar sus normas, costumbres, visión del mundo y opción de desarrollo o proyecto de vida y de adoptar las decisiones internas o locales que estime más plausibles para la conservación o protección de esos fines, pueden plantear permanentes tensiones con otros principios constitucionales de la sociedad mayoritaria, las cuales deben ser resueltas a partir de la ponderación como modo de argumentación constitucional, "en la medida en que una incompatibilidad entre la autonomía, la integridad o la diversidad cultural y un derecho fundamental determinado es un conflicto entre normas constitucionales de igual jerarquía". Sin embargo, ha estimado que en abstracto los derechos de los pueblos indígenas gozan de una dimensión de peso mayor prima facie, en virtud del principio de maximización de la autonomía. Lo anterior, se justifica en la necesidad de garantizar la participación de las minorías y de que exista una suerte de acento constitucional en la efectividad de sus derechos.*

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T/496/96.[77]

Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo. Esto significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer el hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-728/02.[78]

El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, la persona "con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad" y el territorial "que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas". Siendo

76 El principio de autonomía encuentra sus principales manifestaciones constitucionales en los artículos 58 y 63, que protegen los territorios de los pueblos indígenas, los cuales deben ser interpretados y complementados por los artículos 13-19 del Convenio 169 de la OIT; artículo 329 constitucional que se refiere al carácter no enajenable de los resguardos, derivado de su calidad de propiedad colectiva; artículo 246 que establece la existencia de una jurisdicción especial indígena (aplicación del derecho), que ejercerá sus funciones de acuerdo con los usos y costumbres tradicionales de cada pueblo (facultad de crear o mantener el derecho propio. La autonomía también se proyecta en la organización política de las comunidades, así como en el manejo de sus asuntos, entre los que se destaca la posibilidad de concebir y manejar un concepto propio de desarrollo, definir sus prioridades y planes económicos, etc. (Artículos 330, 356 y 357 de la Carta). Este principio constituye, además, un desarrollo de uno de los principios cardinales del derecho internacional, la *"autodeterminación de los pueblos"*, que se encuentra consagrado en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en el Programa de Acción de Viena, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y en el Convenio 169 de la OIT.

77 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm

78 http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Fjurispu%2Fcolombia%2F03.doc&ei=XogBUpSFJqWOyAGu-4GYDQ&usg=AFQjCNGi4VrdoECp6y9JKtoBrea_SNLWPg

así, las autoridades indígenas son el juez natural para conocer de los delitos cometidos por miembros de su comunidad, siempre y cuando se atiendan los dos requisitos establecidos para el reconocimiento del fuero indígena. Esta condición es inherente al debido proceso, uno de cuyos componentes es precisamente el juez natural, tal como lo señala, de manera expresa, el artículo 29 de la Constitución.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03.[79]

Elementos de la jurisdicción indígena previstos en el artículo 246 de la Constitución:

- ***Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia diferencia de su identidad cultural.***
- ***Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.***
- ***Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales, tanto en materia sustantiva como procedimental.***
- ***Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio, el cual según la propia Constitución, en su artículo 329, deberá conformarse con sujeción a la ley y delimitarse por el gobierno por participación de las comunidades.***
- ***Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no pueden resultar contrario a la Constitución ni a la ley.***

Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 0300/2012, Sucre, 18 de junio de 2012.[80]

Página 13

[...]el pluralismo se sienta como la base central de la nueva estructura jurídico, político y social, en la que ***los derechos tanto individuales como colectivos son objeto de protección por parte del Estado,*** *que se obliga asimismo a materializar lo establecido por el texto constitucional.*

Página 14

[...]La jurisdicción indígena originaria campesina, de acuerdo al art. 179 de la CPE, forma parte del órgano judicial, haciendo efectivo el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado y, en ese ámbito, al gozar de igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria, ésta no puede revisar las resoluciones pro-

79 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-552-03.htm
80 http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/modules/ver_resolucion/indexnew.php?id=124344

nunciadas por la jurisdicción indígena originara campesina y tampoco ésta de aquella; es más, toda autoridad pública o persona debe acatar las decisiones de esta jurisdicción, pudiendo las autoridades solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado (art. 192 de la CPE).

Página 15

En ese ámbito, ***el pluralismo jurídico cobra un nuevo sentido y extensión, pues se reconceptualiza a partir del relacionamiento e influencia permanente de ambos sistemas, a partir de la coordinación y cooperación que debe existir entre las diferentes jurisdicciones que conforman el Órgano Judicial*** *(ordinaria, indígena originaria campesina, agroambiental y especializadas); el principio de unidad de la función judicial (art. 179 de la CPE), [...]*

[...]En ese sentido, debe señalarse que la Constitución boliviana ha diseñado un sistema de control de constitucionalidad plural, pues no solamente se ejerce el control sobre normas formales, sino también sobre las normas de las naciones y pueblos indígena originarios campesinos, además de conocer los conflictos de competencias entre las diferentes jurisdicciones y de revisar las resoluciones pronunciadas por la jurisdicción indígena originaria campesina cuando se considere que estas normas son lesivas a los derechos fundamentales y garantías constitucionales. [...]

Página 32

[...]Es necesario además afirmar que la propia jurisprudencia internacional apoya tal posición en mérito a que la consulta debe ser necesariamente implementada, aun en el supuesto de que los proyectos estén en pleno desarrollo, lo contrario llevaría al razonamiento erróneo de creer que una vez materializados los proyectos de desarrollo, o la explotación de recursos naturales no renovables dentro de un territorio indígena, sin el consentimiento previo de éstos, serían actos irremediables, y por lo tanto la consulta dejaría de tener relevancia, extremo que ha sido desechado por la jurisprudencia internacional, por lo que la consulta al ser un derecho de los pueblos indígena originario campesinos es irrenunciable, y por lo tanto, aunque hubieran diferendos en los hechos en que se duda si hubieron o no actos legislativos y administrativos previos, tales hechos no cambian el fondo y objeto de este derecho, que consiste en que los pueblos indígenas participen efectivamente en la toma de decisiones de Estado, [...]

Buena Práctica de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Rama Judicial del Poder Público República de Colombia. Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012.[81]

¨Por el cual se establecen las medidas de coordinación inter-jurisdiccional y de interlocución entre los Pueblos Indígenas y el Sistema Judicial Nacional"
[...]

Título III

Mecanismos de coordinación interjurisdiccional

ARTÍCULO 9°. Escuelas de Derecho Propio.
ARTÍCULO 10°. Capacitación de los Jueces, Magistrados y autoridades indígenas en formación intercultural.
ARTÍCULO 11°. Capacitación en Restitución y Formalización de territorios de comunidades indígenas.
ARTÍCULO 12°. Sistematización y divulgación de las decisiones de la Jurisdicción Especial Indígena.
ARTÍCULO 13°. Investigaciones y estudios.

Título IV

Mecanismos de interlocución

ARTÍCULO 14°. Comisión Nacional de Coordinación del Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. [...] como órgano e instancia permanente de interlocución, concertación, planeación, diseño y seguimiento de las políticas públicas de la Rama Judicial en materia de Jurisdicción Especial Indígena.

81 http://www.ramajudicial.gov.co/csj/downloads/archivosEventos/5796.pdf

PRINCIPIO

4

ACCESO A LA JUSTICIA CONSIDERANDO LAS ESPECIFICIDADES CULTURALES

CASO QUE ILUSTRA

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Amparo Directo en Revisión 1624/2008, páginas 36-39. Primera Sala. Resolución 05 de noviembre de 2008.[82]

Página 36

...el reconocimiento de las costumbres y especificidades indígenas implica la necesidad de dar relevancia en el contexto jurisdiccional estatal a reglas especiales, no necesariamente iguales a las de fuente estatal ordinaria, en una amplia variedad de ámbitos".

Páginas 38 y 39

...El Tribunal Colegiado, todavía con una intensidad mayor a la ordinaria por tratarse de un caso penal, debía partir de la presunción de que era necesario averiguar si en el caso había elementos de especificidad cultural, conformes con la Constitución, que fuera relevante tomar en cuenta a la hora de determinar la responsabilidad del acusado. No de la presunción de que estos elementos de especificidad cultural existían, pero sí de la premisa de que era una obligación constitucionalmente impuesta investigar si existían y si habían influido en la comisión de los hechos enjuiciados o en los elementos determinantes de la responsabilidad del encausado... es una obligación del más alto nivel del ordenamiento jurídico, es decir, una obligación constitucional.

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.[83]

En aplicación de lo anterior, de las disposiciones del convenio citado se tiene que, en consonancia con la función y naturaleza de los derechos de las colectividades indígenas y de sus miembros, ***es indispensable la adopción o implementación de medidas especiales que permitan a estos sujetos, en condiciones de igualdad real respecto de los demás, la tutela judicial completa y efectiva de sus intereses jurídicamente relevantes en aquellos casos en los cuales consideren que han sido violados o desconocidos****, para lo cual se torna necesario eliminar los obstáculos fácticos que imposibiliten o inhiban en cualquier forma el acceso a los tribunales de justicia y el dictado de resoluciones prontas,*

82 http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=102948
83 http://portal.te.gob.mx/colecciones/sentencias/html/SUP/2011/JDC/SUP-JDC-09167-2011.htm

completas e imparciales, como está garantizado para todos gobernado en el ordenamiento jurídico mexicano. Tales medidas especiales deben ser idóneas, objetivas y proporcionales para la consecución del fin a saber, la eliminación del obstáculo o barrera que se advierta y, en última instancia, a que los indígenas consigan un acceso real, efectivo, a la jurisdicción estatal.

Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.[84]

Párrafo 184

Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y ***conforme al principio de no discriminación*** *consagrado en el artículo 1.1 de la Convención Americana,* ***para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, "es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres".***[85]

Párrafo 185

La Corte consideró probado que la señora Rosendo Cantú ***no contó con un intérprete*** *provisto por el Estado cuando requirió atención médica, ni cuando presentó su denuncia inicial,* ***ni tampoco recibió en su idioma información sobre las actuaciones derivadas de su denuncia...*** *Por otra parte, en ocasiones posteriores que convocó a la víctima, el Estado dispuso la presencia de un intérprete y además informó que se encontraba implementando un programa de formación de intérpretes indígenas en Guerrero. La Corte valora positivamente ambas medidas adoptadas por México. Sin embargo, la imposibilidad de denunciar y recibir información en su idioma en los momentos iniciales implicó, en el presente caso, un trato que no tomó en cuenta la situación de vulnerabilidad de la señora Rosendo Cantú, basada en su idioma y etnicidad, implic****ando un menoscabo de hecho injustificado en su derecho de acceder a la justicia.*** *Con base en lo anterior, la Corte considera que el Estado incumplió su obligación de garantizar, sin discriminación, el derecho de acceso a la justicia en los términos de los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación el artículo 1.1 del mismo instrumento.*

---

84 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

85 *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216, párr. 184; y *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, supra* nota 102, párr. 63; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 83; y *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 178, y *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190, párr. 96.

Corte IDH. *Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas.* Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.[86]

Párrafo 100

"Este Tribunal considera que para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas -en tanto miembros del pueblo indígena Maya- y que la investigación de los hechos se realice con la debida diligencia, sin obstáculos y sin discriminación, el Estado debe ***asegurar que aquellas puedan comprender y hacerse comprender en los procedimientos legales iniciados, facilitándoles intérpretes u otros medios eficaces para tal fin****. Asimismo, el Estado deberá garantizar, en la medida de lo posible, que las víctimas del presente caso* ***no tengan que hacer esfuerzos desmedidos o exagerados para acceder a los centros de administración de justicia*** *encargados de la investigación del presente caso. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte considera necesario ordenar al Estado el pago de una suma por concepto de gastos futuros, como una forma de garantizar que las víctimas puedan actuar en el proceso penal abierto ante la justicia ordinaria."*

Corte IDH. *Caso López Álvarez Vs. Honduras.* Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.[87]

Párrafos 170 y 171

[...]Los Estados deben tomar en consideración los datos que diferencian a los miembros de pueblos indígenas de la población en general, y que conforman la identidad cultural de aquéllos. La lengua es uno de los más importantes elementos de identidad de un pueblo, precisamente porque garantiza la expresión, difusión y transmisión de su cultura.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-139/96.[88]

La norma acusada es inexiquible por tratar a los indígenas como incapaces relativos, tratamiento que se deriva, sin duda, de considerar que quienes no son partícipes del mundo de valores prevaleciente en el país y que pudiera comprenderse bajo el rubro genérico de "cultura occidental" son personas menguadas urgidas de tutela paternalista. Tal actitud, ciega para la compresión de otras formas de vida y otras cosmovisiones, es incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, armónica la vez con el reconocimiento de la dignidad humana como supuesto incontrovertible.

86 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_190_esp.pdf
87 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf
88 http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19417

Los grupos étnicos, calificados hace un siglo como "salvajes", son considerados por la Constitución actual como comunidades culturales diferentes y las personas que la constituyen, en consecuencia, tratadas como portadores de otros valores, con otras metas y otras ilusiones que las tradicionalmente sacralizadas con el sello de occidente. No son ya candidatos a sufrir el proceso benévolo de reducción a la cultura y civilización, sino sujetos culturales plenos, en la función de la humanidad que encarnan, con derecho a vivir a tono de sus creencias y a perseguir las metas que juzgan plausibles, dentro del marco ético mínimo que la propia Constitución señala.

Buena Práctica de Costa Rica. Circular N° 020-2001. Utilización de intérprete en los casos que sea necesario y el deber de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento.[89]

A LAS AUTORIDADES JUDICIALES DEL PAÍS QUE TRAMITAN LAS MATERIAS CIVIL Y PENAL SE HACE SABER QUE:
El Consejo Superior en sesión N° 05-2001 celebrada el 16 de enero del 2001, artículo XXXI, acordó comunicarles que en aquellos casos en que sea necesaria la intervención de un intérprete, deben realizar el nombramiento correspondiente, para brindar el apoyo necesario para la efectivamente aplicación del artículo 339 del Código Procesal Penal.
Asimismo, dispuso comunicarles el deber que tienen de consultar y de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno Tribunales Consuetudinarios, cacicazgos o Asociaciones de Desarrollo que resuelvan los asuntos dentro de ella. San José, 5 de marzo del 2001.-

---

Buena Práctica de la República de Guatemala. Acuerdo Número 158/013, Presidencia del Organismo Judicial.[90]

ACUERDA
Artículo 1. Creación. Se crea el Centro de Interpretación y Traducción Técnica Jurídica Indígena, dentro de la estructura organizativa de la Unidad de Asuntos Indígenas del Organismo Judicial, el cual tendrá como objetivo fundamental el facilitar y contribuir al acceso a la justicia de los pueblos indígenas con pertinencia cultural y lingüística. La asignación de los intérpretes para el servicio solicitado estará a cargo de la Unidad de Asuntos Indígenas.
[...]
Artículo 3. Modalidad del servicio. El servicio de interpretación y traducción técnica jurídica indígena se prestará en las modalidades siguientes:

89 http://portal.poder-judicial.go.cr/indigenas/index.php/circulares?download=303:020-2001-utilizacion-de-interprete-y-el-deber-de-informar
90 Este acuerdo no ha sido encontrado en internet.

a) Presencial
b) Virtual
c) Itinerante
d) Por servicio

Buena Práctica de Costa Rica. Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.[91]

1. Las Autoridades Judiciales promoverán la realización de diligencia "in situ", en aquellos lugares donde existan territorios indígenas.
[...]
3. Los y las jueces, así como los y las funcionarios (as) judiciales darán prioridad de trato a las personas indígenas que se apersonen a los despachos judiciales.
[...]
5. Los y las juezas, así como las autoridades judiciales, que requieran documentos de otras entidades en este tipo de asuntos; establecerán los canales de comunicación y coordinación necesarios para hacerlos llegar al caso concreto a la brevedad posible; y comunicarán a la Comisión de Acceso a la Justicia los obstáculos que se les presenten para el cumplimiento efectivo de las recomendaciones.
[...]
8. Colocar distintivos en los expedientes en el caso de que una de las partes sea una persona indígena.

Buena Práctica de México. Acuerdo General 31/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca (México).[92]

El Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de Oaxaca emitió un acuerdo (31/2013) por el cual adopta el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas publicado por la SCJN a efecto de que los órganos jurisdiccionales, de control interno, de administración interna y auxiliares, lo apliquen. Además, en su artículo 5 dispone que la aplicación deberá estar contemplada en la solicitud de ampliación del ejercicio fiscal 2013 y en el proyecto de Presupuesto del 2014 del Consejo de la Judicatura del Estado.

91 http://portal.poder-judicial.go.cr/indigenas/index.php/reglas-de-acceso
92 http://www.tribunaloax.gob.mx/seccionesInformativas/despliegueGacetas/gaceta.aspx?cve=1008

PRINCIPIO

5

PROTECCIÓN ESPECIAL A SUS TERRITORIOS Y RECURSOS NATURALES

CASO QUE ILUSTRA

Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.[93]

Párrafo 149

Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. *Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.*

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.[94]

Párrafos 82 a 96

...el reconocimiento estrictamente jurídico o abstracto de las tierras, territorios o recursos de los indígenas pierde verdadero significado cuando no se ha establecido ni delimitado físicamente la propiedad.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según lo establecido en los casos Yakye Axa y Sawhoyamaxa, los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el ***derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio*** *por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos.* ***Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo,***[95] *el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio.*

93 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf
94 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf
95 *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa*, párr. 137, y *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa.*

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.[96]

Párrafos 127 a 128, 131 y 138

En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que ***la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.*** *Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N'djuka eran "los dueños legítimos de sus tierras tradicionales" aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.*

De lo anterior se concluye que: ***1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad.*** *Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas.*

...la Corte toma en cuenta que ***la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales. Mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá.*** *Dicha relación puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección*

96 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura.

[...] la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo "objetivo y fundamentado" suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. *En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular,* ***la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso*** *la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro.*

Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.[97]

Párrafo 137

En consecuencia, ***la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana****. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término "bienes" utilizado en dicho artículo 21, contempla "aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor".*

Concesiones y derechos de los Pueblos

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.[98]

...de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías:

97 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf
98 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

*1º **el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo** Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, **en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción** (en adelante "plan de desarrollo o inversión") que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka.*
*2º **el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan** que se lleve a cabo dentro de su territorio.*
*3º **el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que** entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, **realicen un estudio previo de impacto social y ambiental.** Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal".*

*En el caso Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda, por ejemplo, el Comité de Derechos Humanos decidió que **se podría restringir el derecho a la cultura de una población indígena conforme al artículo 27 del PIDCP cuando la comunidad misma haya participado en la decisión de restringir dicho derecho.** El Comité consideró que "la aceptación de las medidas que afecten o interfieran con las actividades económicas con significado cultural de una minoría dependerá de si los miembros de la minoría en cuestión han tenido la oportunidad de participar en el proceso de la toma de decisión en relación con dichas medidas y si continuarán beneficiándose de su economía tradicional".*[99]

*La Corte... considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, **debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo** Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.*

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010.[100]

Párrafos 29, 34, 40, 41, 43, 45, 48, 55 a 57

Con cada vez más frecuencia, las actividades empresariales en territorios indígenas son el detonante de serios conflictos sociales, que desencadenan círculos de violencia y, a su vez, nuevas violaciones de los derechos humanos.

99 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Apirana Mahuika y otros v. Nueva Zelanda (sesión setenta, 2000), ONU Doc. CCPR/C/70/D/547/1993, 15 de noviembre de 2000, párr. 9.5.
100 http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8026

[...] el marco conceptual elaborado por el Representante Especial del Secretario General distingue [...] ***el deber estatal de proteger los derechos humanos frente a abusos potenciales de los derechos humanos cometidos por las empresas, incluyendo las empresas transnacionales, así como el deber de investigar y castigar dichos abusos.***

Esta preocupación ha sido reiterada en la práctica del Comité y de otros órganos de tratados como el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ***[...] han enfatizado la necesidad de que los Estados adopten medidas para regular e investigar las actividades de las empresas extractivas, y, en su caso, sancionarlas por los abusos cometidos a los derechos de los pueblos indígenas.***

El marco regulatorio o autorregulatorio existente en torno a la responsabilidad empresarial en relación con los pueblos indígenas se encuentra más desarrollado que en otros ámbitos específicos de los derechos humanos. Distintas instituciones financieras internacionales, incluyendo el Banco Mundial, inclusive su Corporación Financiera Internacional (CFI), han desarrollado políticas o normas de desempeño específicas para ***promover que las actividades de empresas públicas o privadas aseguren un respeto mínimo de las normas internacionales de derechos indígenas, en aspectos claves como la consulta o los derechos territoriales.***

El interés creciente de los diversos actores en el establecimiento de marcos regulatorios o autorregulatorios en relación con los derechos de los pueblos indígenas es una muestra de la conciencia de los efectos adversos de determinados tipos de prácticas empresariales sobre los pueblos indígenas, así como de la expectativa, cada vez más compartida, de que las empresas tienen una serie de responsabilidades para respetar los derechos de estos pueblos tal y como son garantizados por las normas internacionales existentes. La expectativa de la comunidad internacional incluye que las empresas, dentro del marco de la diligencia que les es exigible en relación con los derechos humanos, asuman un papel proactivo para identificar los derechos que corresponden a los pueblos indígenas en las áreas en las que operan y determinar cómo se verán afectados por dichas actividades. Al mismo tiempo, existe una clara expectativa de que las actividades empresariales respetarán los derechos indígenas, promoviendo, y no obstaculizando, el cumplimiento de la obligación estatal de proteger estos derechos.

[...] Sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas

1. *antes que nada el juez debe investigar, identificar y reconocer explícitamente que en el asunto del que está conociendo, se encuentra involucrado una persona/territorio/recursos naturales indígenas (incluso ordenando la realización de estudios antropológicos previos cuando sea*

necesario) o la identificación de las formas indígenas de tenencia y uso de sus tierras, y que

2. *la mera existencia de dichos grupos en las áreas geográficas donde las empresas planean llevar a cabo sus actividades debería ser asumida por dichas empresas como una fuerte presunción de que éstos poseen algún tipo de derechos sobre las tierras y recursos que ocupan o usan de cualquier otra manera.*
3. *Los juzgadores no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión*

La ausencia del reconocimiento oficial de la propiedad comunal indígena, ya sea por la falta de identificación de dicha propiedad a través de procesos de demarcación o titulación o cualquier otro mecanismo jurídico, ya sea por la ausencia de una legislación adecuada, no puede ser asumida como premisa ni como excusa por parte de las empresas que pretendan operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas. *Por lo tanto, la diligencia debida de las empresas incluye la responsabilidad de realizar una evaluación independiente de los derechos que puedan corresponder a estos pueblos siguiendo los criterios establecidos en las normas internacionales, incluso, y sobre todo, si la legislación interna no es plenamente conforme a dichos criterios.*

Así, en relación con aquellos proyectos que dependen del reconocimiento de propiedad comunal indígena o que impliquen la adquisición de tierras, ***dichas políticas exigen una documentación previa, realizada por expertos, de los patrones indígenas de uso y ocupación de la tierra. Estas políticas exigen asimismo un trato igual a la tenencia consuetudinaria indígena que el que correspondería a propietarios con título legal.***

[...] las empresas no pueden [presumir], dentro de un marco de diligencia debida, que la ausencia de reconocimiento oficial de los derechos de propiedad comunal indígena implica que dichos derechos no existen.

Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.[101]

Página 5

El derecho procesal constitucional, dentro del cual uno de sus capítulos centrales son los llamados procesos constitucionales, entre ellos el amparo, ***para garantizar la promesa constitucional en materia de intereses difusos o colectivos postula la necesidad de un reconocimiento de legitimación procedimental de base ancha.***

101 http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&ved=0CCgQFjAA&url=http%3A%2F%2Fderechosindigenas.org.ar%2Findex.php%2Fcentrodocumentacion%2Fdoc_download%2F10-ccont-adm-consejo-quompi-lqataxac-nam-qompi-vs-provincia-del-chaco&ei=DoHkUdyqHqrfyQHQrIDgCQ&usg=AFQjCNHrkRs4XA7n7Tu6JjoOb8xcijXWoQ&bvm=bv.48705608,d.aWM

Ello pone en crisis las categorías clásicas de interés legítimo y derecho subjetivo como posibilidades de satisfacer individualmente las necesidades mediante la apropiación de objetos separables y susceptibles de apropiación exclusiva, ***requiriéndose en consecuencia encontrar nuevos tipos de protección a través de las llamadas acciones colectivas, asignadas en cabeza de un grupo, clase o conjunto de personas y que pueden ser iniciadas, como en autos, por cualquiera de ellas.***

Por todo lo dicho,
FALLO:
[...] II) HACIENDO LUGAR A LA ACCION DE AMPARO, incoada por CONSEJO QOMPI -LQATAXAC NAM QOMPI, declarando la inconstitucionalidad del inc. c) del art. 2 de la Ley Nº 4804/00 e inaplicabilidad de los arts. 5 y 6 de la Ley Nº 3258/87, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos; y ordenando a la Provincia del Chaco, adopte los recaudos legales necesarios a los fines de la Habilitación de un Registro de Comunidades y Organizaciones Indígenas con efecto Declarativo, procediendo a inscribir al CONSEJO QOMPI - LQATAXAC NAM QOMPI en el mismo, en el plazo de cinco (5) días de notificada la presente, lo que deberá ser informado a esta jurisdicción en el mismo plazo y bajo apercibimiento de ley.

Corte Suprema de Justicia de Chile. Segunda Sala. Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama. Recurso 2840/2008. Resolución 41242. 25 de noviembre de 2009.[102]

Considerando Séptimo:
... la fuente de agua que abastece a la comunidad solicitante, denominada Socavón o Vertiente Chuzmiza, se ubica en un predio inscrito a nombre de la empresa opositora Agua Mineral Chuzmiza, lo que por lo demás consta en la respectiva inscripción de dominio que obra a fojas 68, tal circunstancia no impide ***aplicar la protección especial contenida en el artículo 64 de la Ley Indígena, que consagra una presunción de dominio y uso de las aguas de las Comunidades Indígenas*** *Aymaras y Atacameñas, ya que no resulta acorde con el espíritu de la ley ni con el instrumento internacional aludido, restringir la presunción sólo a las aguas que escurren en terrenos de propiedad de la comunidad, sino que, tal como lo hicieron los jueces del grado, los términos "terrenos de la comunidad" deben interpretarse en consideración al objetivo final buscado por la norma, cual es garantizar el abastecimiento de las aguas y que es precisamente lo que pretende la comunidad peticionaria, lo que por cierto es coherente con entender que* ***la protección alcanza a todas las aguas que se emplazan en los territorios que, desde tiempos precolombinos, han sido ocupados o utilizados de alguna manera por las comunidades beneficiadas.***

102 http://www.elaw.org/node/5317

Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Causa-Rol N° 5339-2013. 25 de Septiembre de 2013.[103]

Vistos y teniendo además presente:

Primero: *Que por la presente acción de protección de garantías constitucionales se recurre en contra de la Comisión de Evaluación Ambiental y de la Compañía Minera Nevada Spa.,* ***atribuyéndole a esta última una serie de actos ilegales y arbitrarios que vulneran las garantías constitucionales*** *previstas en el artículo 19 N° 1 y 8 de la Carta Fundamental, los que consisten básicamente en la inobservancia de las exigencias impuestas en la Resolución de Calificación Ambiental N° 24 de 15 de febrero del año 2006 (RCA N° 24) que rige el proyecto Pascua Lama,* ***puesto que se ha incumplido el plan de monitoreo y conservación*** *de los Glaciares Toro 1, Toro 2 y Esperanza; y porque además la empresa recurrida comenzó las labores de pre-stripping sin que estuvieran completamente construidas y operando las obras de conducción de aguas previstas para evitar que las aguas naturales entraran en contacto con los estériles y de aquéllas necesarias para tratar las aguas de contacto antes de ser estas devueltas a los afluentes naturales.*
Pide que se acoja el recurso y ***se ordene: "1) a la Compañía Minera Nevada SpA, la paralización indefinida de la construcción del proyecto minero Pascua Lama hasta que se adopten todas las medidas ambientales que forman parte de sus compromisos ante el Sistema de Evaluación Ambiental de la ley 19.300 y las demás que se establezcan destinadas a garantizar los recursos naturales amenazados,[...]***
[...]
Tercero: *[...]debiendo incluir la consulta a los pueblos originarios, conforme ha sido establecido en el Convenio N° 169 de la O.I.T.*

Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Constituida en Tribunal de Amparo, Guatemala, 17 de Octubre de 2012. Amparo No. 01044-2012-363 Of. 3°.[104]

Página 18
... existe una evidente desigualdad real de los pueblos indígenas con relación a otros sectores de los habitantes del país, por lo cual el Convenio se diseñó como un mecanismo jurídico especialmente dirigido a remover parte de los obstáculos que impiden a estos pueblos el goce real y efectivo de los derechos humanos fundamentales...

103 http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20130925/asocfile/20130925182733/pascua_lama_suprema.pdf
104 Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

Página 20

... son nulas y jurídicamente inexistentes las inscripciones operadas por el Registrador General de la Propiedad sobre la base de títulos falsos o inexistentes, pues estando garantizado y protegido constitucionalmente este derecho, con ello se contraría también el principio de que las inscripciones registrales se hacen sobre la base de la presunción de autenticidad legítima de los documentos públicos que se presentan en ese registro. Por lo anterior se determina que la autoridad impugnada ha conculcado los derechos de la postulante por lo que se debe otorgar el amparo a efecto de que sean restablecidos y en este sentido debe resolverse.

Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 123. Managua, trece de junio del 2000.[105]

RESULTA:

IV

... cuando el acto impugnado consiste en vías de hecho, como la invasión de tierras en el caso presente no hay procedimiento alguno que impulsar; no hay recurso ordinario que interponer y que por no haber vía administrativa que agotar se puede interponer directamente el Recurso de Amparo.

... el grado de protección que se le brinda a la propiedad comunal y el interés connotado del Estado al darle a dicha protección rango constitucional con la finalidad de preservar el sistema comunal de sus tierras y el de mantener y desarrollar la identidad y cultura de nuestro pueblo Indígena. - Ante tales garantías tenemos que concluir que cualquier acto atentatorio o perturbatorio dirigido contra la propiedad comunal es totalmente desafortunado y violatorio de las garantías que nuestra Constitución consagra.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la resolución I A-048-2000, de 1ro de Febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente. Magistrado Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, 21 de Diciembre de 2001.[106]

[...] *De otra parte, la Sala no pierde de vista los efectos económicos a que se refiere el solicitante, no obstante,* ***no se puede soslayar que el tema en cuestión atañe, no sólo a la presunta ocupación del Proyecto en la Comarca Indígena, sino a los posibles efectos negativos de la Hidroeléctrica en cuestión en el ecosistema de la región, rica en flora y fauna, que, definitivamente, tienen que ser evaluadas prolijamente, ya que tales repercusiones al medio circundante (daños ecológicos) pueden ser irreparables e irreversibles****, por lo que el tribunal*

105 http://calpi.nativeweb.org/sent_123.html

106 Esta sentencia no pudo encontrarse en internet.

considera como la decisión más prudente mantener la suspensión adoptada y negar la solicitud de levantamiento de la suspensión provisional.

En consecuencia, los Magistrados de la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NIEGAN EL LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL de la Resolución I A-048-2000 de 1 de febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente.

Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de Octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, 24 de Septiembre de 1993.[107]

VISTOS:

III. Modalidades constitucionales de la propiedad.

Cuando la Constitución consagra, de manera excepcional, la institución de la propiedad colectiva para las comunidades indígenas y campesinas lo hace en interés de una colectividad, de un grupo social, cuyo bienestar, en cuanto grupo, se quiere preservar. No persigue aquí la Constitución proteger al individuo sino en la medida en que sea parte de un grupo y es la supervivencia de este último la que se quiere asegurar a través de un tipo de propiedad que le otorgue continuidad a las comunidades indígenas y campesinas.

Si la nación se impone un sacrificio al transferir determinadas propiedades a las comunidades indígenas y campesinas porque la permanencia de éstas es un valor protegido en la Constitución, ***carecería de sentido que la propiedad colectiva se sujetara a las mismas normas legales que la propiedad privada, cuyo reconocimiento constitucional obedece a otras razones distintas de las que han impulsado el establecimiento, en estos dos casos excepcionales, de la propiedad colectiva.***

En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que NO SON INCONSTITUCIONALES la palabra "colectiva" de los artículos 42, 43, 48 y 49 de la Ley 23 de 1983, partes del artículo 38 de la misma ley ni los artículos 44 y 45 de esa ley.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC.[108]

Párrafo 66

Este Tribunal considera que los argumentos esgrimidos por las emplazadas no resultan adecuados y coherentes con los demás valores y derechos consagrados en la Constitución. En efecto, no se puede eludir la necesidad de contar con

107 http://bd.organojudicial.gob.pa/scripts/dtSearch/dtisapi6.dll?cmd=getdoc&DocId=50864&Index=H%3a%5cdtsearch%5cUserData%5cindices%5fdts%5ctodo&HitCount=3&hits=3f+40+41+&SearchForm=c%3a%5cinetpub%5cwwwroot%5cregistro%5fform%2ehtml

108 http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/03343-2007-AA.html

un Plan Maestro —aprobado por las autoridades competentes— apelando a que sólo las actividades de explotación pueden ser consideradas como aprovechamiento de recursos naturales, ya que, en opinión de este Colegiado, la etapa de exploración y explotación constituyen un todo que conduce al aprovechamiento de los recursos naturales. Tal razonamiento es derivado del mencionado principio de prevención al que debe dársele una especial connotación, puesto que se está ante una ANP. En tal sentido, el término 'aprovechamiento de recursos' debe ser comprendido de manera integral, conteniendo las actividades de exploración y explotación.

Párrafo 67

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado, es cierto también que, en el presente caso, la inexistencia del referido Plan Maestro ha sido responsabilidad de las autoridades estatales competentes y no de las empresas emplazadas, como cierto es también que no toda la etapa de exploración tiene el mismo grado de incidencia en el medio ambiente. Dicha etapa cuenta con distintas fases, siendo sólo las últimas las que puede considerarse que comprometen nítidamente el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental al medio ambiente.

Teniendo en cuenta ello, y con el propósito de emitir una decisión que denote un adecuado equilibrio entre la debida protección del medio ambiente y el aprovechamiento razonable de los recursos naturales, de un lado, y la libertad empresarial constitucionalmente ejercida, de otro, ***el Tribunal Constitucional considera imprescindible que se cuente con un Plan Maestro elaborado por las autoridades competentes, a fin de que pueda llevarse a cabo tanto la última fase de la etapa de exploración como la respectiva y posterior etapa de explotación.***

En ese sentido, queda prohibida la realización de estas actividades mientras no se cuente con el respectivo Plan de Maestro, que contemple la posibilidad de aprovechar los recursos naturales que se encuentran en el Área de Conservación Regional Cordillera Escalera, sujetándose a las normas de protección ambiental y a las limitaciones y restricciones previstas en los objetivos de creación del área y su zonificación. Y en caso de que dichas actividades ya se encuentren en curso, deben quedar suspendidas mientras no se cuente con el referido Plan de Maestro.

PRINCIPIO

6

PARTICIPACIÓN, CONSULTA Y CONSENTIMIENTO FRENTE A CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA QUE LOS AFECTE

CASO QUE ILUSTRA

Suprema Corte de Justicia de la Nación / México. Tesis Aislada, Primera Sala, Décima Época.[109]

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. La protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que 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. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), Tesis Aislada, Segunda Sala.[110]

COMUNIDADES INDÍGENAS. LA OMISIÓN DE CREAR EL CONSEJO CONSULTIVO REGIONAL [...], VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA RECONOCIDOS EN FAVOR DE AQUÉLLAS. El artículo 20. [...] "establece, entre otras cuestiones, la obligación de las autoridades de los tres órdenes de gobierno de impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida

109 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c788000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=COMUNIDADES%20Y%20PUEBLOS%20IND%c3%8dGENAS&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=9&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2004170&Hit=2&IDs=2004169,2004170,2004277,160588,163462,165288,-165270,170125,185567

110 http://ius.scjn.gob.mx/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=3c788000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=COMUNIDADES%20IND%c3%8dGENAS.%20LA%20OMISI%c3%93N%20DE%20CREAR%20EL%20CONSEJO%20CONSULTIVO%20REGIONAL%20&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=5&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&ID=2000733&Hit=1&IDs=2000733

de sus pueblos, con la participación de las comunidades indígenas y el derecho de éstas a ser consultadas en la elaboración de los Planes de Desarrollo, [...]"

"En ese sentido, la omisión de dichas autoridades [...] viola el principio de legalidad establecido en el artículo 16 constitucional y los de participación y consulta reconocidos a favor de las comunidades indígenas en las fracciones I y IX del apartado B del artículo 20. de la Constitución General de la República."[111]

Corte IDH. *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador.* Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.[112]

Párrafo 164.

"[...] la obligación de consulta a los pueblos indígenas, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional."

Párrafo 166

"[...] la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, [...] implica el deber de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y, en general, de todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno goce de los derechos".

Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.[113]

Párrafo 18

La Corte omitió deliberadamente en la Sentencia cualquier consideración específica en relación con quién debe ser consultado. Al declarar que ***la consulta se debe realizar "de conformidad con sus costumbres y tradiciones"****, la Corte reconoció que es el pueblo Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado por el Tribunal.*

Párrafo 133

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo... *Asimismo,*

111 [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1347. COMUNIDADES INDÍGENAS. LA OMISIÓN DE CREAR EL CONSEJO CONSULTIVO REGIONAL A QUE SE REFIERE EL DECRETO 409/96 I.P.O., PUBLICADO EN EL PERIÓDICO OFICIAL DE CHIHUAHUA EL 10. DE ENERO DE 1997, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y LOS DE PARTICIPACIÓN Y CONSULTA RECONOCIDOS EN FAVOR DE AQUÉLLAS. Registro 200 0733.

112 http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

113 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

se debe consultar con el pueblo de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.

Párrafo 134

"La Corte considera que, ***cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones."***

"Al respecto, el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha observado, de manera similar, que:

[s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales [...] comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia".[114]

En consecuencia, el Relator Especial de la ONU determinó que "[e]s esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.

El CERD ha observado que "[e]n cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, ***el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomenda-***

114 Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, ONU, ref. Corte IDH, Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre 2007.

ción general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades".[115]

Asimismo, en Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo vs. Belice[116]*, la Comisión Interamericana observó que los Estados deben llevar a cabo consultas efectivas y plenamente informadas con comunidades indígenas con relación a hechos o decisiones que pudieran afectar sus territorios tradicionales. En dicho caso, la Comisión determinó que un procedimiento de "consentimiento pleno e informado" requiere "como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva".*

Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 19 de julio de 2010.[117]

Párrafos 61 a 65, 69

"[...] el deber de consultar a los pueblos indígenas es una responsabilidad que recae principalmente sobre los Estados,

[...] deben consultar a los pueblos indígenas con carácter previo a la aprobación de cualquier medida que pueda tener un impacto directo sobre sus derechos*, particularmente precisas en relación con actividades que se llevan a cabo en territorios tradicionales indígenas* ***[...]***

En el caso de las actividades concesionadas a empresas privadas bajo cualquier tipo de régimen jurídico (ya sea una concesión propiamente dicha, un acuerdo de producción compartida o un acuerdo de prestación de servicios) ***corresponde al Estado la obligación de llevar a cabo consultas en las primeras fases del proyecto,*** *idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso,* ***antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión. Todavía con más razón es exigible la consulta con carácter previo en relación con las actividades llevadas a cabo por empresas públicas.***
[...]En la medida en que dichas decisiones involucren a organismos del Estado y supongan algún tipo de modificación a los planes iniciales que fueron objeto de consulta con los pueblos indígenas afectados, el Estado tiene la obligación de volver a informar y consultar a dichos pueblos.

115 Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.

116 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 40/04, Fondo. Caso 12.052. Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo, supra nota 84, párr. 142. Cfr. también los Principios del Ecuador, Principio 5.

117 http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/8026

[...] no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión [...]
[...] Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto."

Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, sentencia C-366/11, Tema que fue resuelto: El derecho de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes en relación con el derecho al territorio.[118]

Página 39

"Se parte de considerar que ***la consulta previa es un derecho constitucional de las comunidades*** *diferenciadas, por lo que su omisión injustificada tiene como consecuencia la vulneración de ese derecho. Verificada la vulneración, se predican efectos sustanciales para la política correspondiente. Para el caso puntual de las medidas legislativas,* ***la afectación del derecho contrae (i) la declaratoria de inconstitucionalidad, total o parcial, de la normatividad correspondiente, al oponerse al derecho de consulta previa; o, cuando ello resulte posible (ii) la exequibilidad condicionada del precepto, que privilegie una interpretación que salvaguarde las materias que inciden en la definición de identidad de las comunidades diferenciadas".***

Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.° 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.[119]

Página 28

En cuanto al contenido, los derechos colectivos dotan a la colectividad de facultades que les permiten defender su existencia como grupo y su autonomía, tanto en relación con otros individuos y colectividades ajenos al grupo, como también respecto de sus propios miembros.

[...]En el caso de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, este ha sido el principal problema a la hora de su reconocimiento y eficacia, a tal punto de que a pesar de que en la mayoría de las Constituciones latinoamericanas contemporáneas existe un reconocimiento más o menos retórico de los derechos étnicos diferenciados en función de grupo, sólo en las más modernas y progresistas, como es el caso de la ecuatoriana del 2008, existe un ***reconocimiento expreso de una vía judicial de protección de los derechos colectivos.***

118 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/c-366-11.htm
119 http://www.inredh.org/archivos/casos/mineria/mineria_sentencia.pdf

Página 31

En este sentido, esta Corte considera que, en circunstancias de institucionalidad regular u ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo sine qua non que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida de índole legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador.

Página 52

En tal virtud, ***esta Corte determina para el caso en que el Estado pretenda iniciar una actividad minera en los territorios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas del país: a partir de la publicación de esta sentencia, el Estado,*** *a través del Ministerio del ramo o de cualquier otra autoridad gubernamental,* ***deberá implementar los procesos de consulta previa e informada establecidos en el artículo 57, numeral 7 de la Constitución; con ese fin, deberá adecuar, mediante acto normativo, las reglas provisionales que esta Corte establecerá a continuación. Se deja en claro que las mismas serán de obligatorio cumplimiento, hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule el derecho de consulta previa e informada reconocido en la Constitución de la República.***

[...] ¿cuáles son los estándares mínimos que legitiman el proceso de consulta? ***[...]Entre las más importantes fuentes de información con las que cuenta la Corte, están la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Caso Saramaca vs. Surinam); las sentencias de Tribunales y Cortes Constitucionales de la región, como la colombiana (ver Corte Constitucional Sentencia C-161 de 2001); sentencia Tribunal Constitucional de Chile (Rol 309 del 4 de agosto del 2000), las recomendaciones del comité de expertos de la OIT, o los informes del relator especial de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas, que hacen parte de lo que se conoce como soft Law***[120]*, y en tal sentido son relevantes para el Ecuador. En virtud de ello, esta Corte hará uso de las recomendaciones GENERALES del relator especial James Anaya, respecto de los requisitos mínimos que debe cumplir el proceso de consulta para merecer tal nombre.*

Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009.[121]

Considerando V

f. [...]

En el contexto específico de las iniciativas de explotación de recursos naturales dentro o en los alrededores de sus tierras, opera con un cariz instrumental,

120 Por soft law se conoce en el derecho internacional aquella serie de actos que a pesar de estar privados de efectos jurídicos vinculantes, resultan ser jurídicamente relevantes.

121 http://indigenouspeoplesissues.com/attachments/article/3990/3990_3878-2007__sentencia_de_la_CC,_caso_San_Juan_Sacatepequez_de_fecha_diciembre_de_2009.pdf

como una extensión o primera línea de defensa de otros derechos fundamentales, tales como el de propiedad, a la cultura, a la salud, libertad de culto, etc. según sea la gravedad y/o matices particulares de cada caso. Ante una situación de esa índole, es necesario advertir que para el caso de Guatemala, por iguales razones de igualdad, justicia y equidad social, ***debe entenderse que el derecho de consulta es extensible a cualquier comunidad o población –no necesariamente identificada como indígena–****, en lo que sea aplicable; interpretación pro homine que se encuentra en consonancia con el que, de acuerdo a todo lo antes apuntado, constituye el fin último que se persigue con el reconocimiento de este derecho: garantizar la igualdad entre los habitantes de un Estado, en cuanto a su aptitud real de pronunciarse e influir sobre aquellas disposiciones orientadas a repercutir en sus condiciones de vida.*

Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Sucre, 25 de octubre de 2010. Expediente: 2008-17547-36-RAC. Distrito Tarija.[122]

... la celebración del Convenio entre PETROSUR SRL y SEDECA Tarija fue respecto a la utilización de las instalaciones del campamento Cañadas ubicado en el territorio de la región Itika Guasu del Pueblo Guaraní y, por consiguiente, se debió consultar previamente a dicho pueblo, respetando las normas contenidas en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que forman parte del bloque de constitucionalidad.

... el Pueblo Guaraní Itika Guasu... tiene derecho a su territorio y a conocer, participar o como mínimo a que se le consulte previamente sobre los proyectos –en este caso Convenios- que podrían afectar su territorio; más aún cuando existe la Resolución de inmovilización RAI-TCO-0017 de 18 de julio de 1997, por la cual el Estado, a través del Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA), marca el inicio del reconocimiento de las tierras comunitarias de origen al Pueblo Indígena Guaraní.

122 http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/apgig17.html

Capítulo

IV.

Expectativas de la aplicación del protocolo

La aplicación de las normas, los principios y las prácticas contenidos en el presente *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, representan una oportunidad para garantizar la vigencia de derechos de los pueblos indígenas por parte del Poder Judicial de la Federación.

Lo anterior implica modificar de manera importante ciertas concepciones del Derecho y ampliar la mirada sobre las instituciones de justicia y su papel en la sociedad. La plena vigencia de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas por la legislación nacional e internacional, requiere de acciones afirmativas que amplíen sus posibilidades de acceso a la jurisdicción del Estado y una visión pluralista que garantice derechos colectivos como una forma de preservar la diversidad cultural del país, objetivo constitucional que no debe ser enfocado como una serie de prerrogativas a grupos específicos, sino como parte del interés general. Una sociedad ordenada en la diversidad, amplía sus posibilidades y su riqueza cultural.

Las acciones afirmativas que puede adoptar el Poder Judicial de la Federación, implican una actitud proactiva que comprende garantizar el auxilio de intérpretes idóneos; ampliar criterios de admisión y desahogo de pruebas; tomar en cuenta las diferencias culturales; admitir la jurisdicción indígena en la resolución de sus conflictos internos (en tanto se apeguen a los derechos humanos); proteger de manera especial sus tierras, territorios y recursos; verificar que las poblaciones y colectivos indígenas sean consultados cuando se toman medidas susceptibles de afectarlos; aceptar los actos jurídicos realizados de conformidad con sus sistemas normativos, en particular las elecciones de sus autoridades; cuando estos respeten los derechos humanos, garantizar la existencia de peritos intérpretes al menos en los Juzgados y Tribunales ubicados en estados con población indígena; generar información estadística sobre el acceso a la justicia federal de personas y comunidades indígenas, entre otras.

En la actualidad existen desarrollos jurisprudenciales y académicos que han contribuido a una reformulación necesaria de los sistemas jurídicos como espacios para mejorar la regulación de conductas y la solución de conflictos en un mundo marcado por la complejidad y la diversidad. Mejorar el acceso a la justicia para los pueblos indígenas, sujetos colectivos históricamente marginados, pero también portadores de culturas que han dado un sello definitivo a la identidad y formas de desarrollo a nivel nacional, representará un claro indicador de que el sistema es más accesible y eficiente, más justo.

Alcanzar el objetivo de incorporar los más altos estándares de derechos humanos al quehacer judicial, basados en los principios *pro persona* y de progresividad, implica que las y los jueces mexicanos incorporen los mejores criterios de interpretación que de estos derechos se han desarrollado en otras partes del mundo. En este sentido, el uso de jurisprudencia comparada es fundamental para que el criterio de las y los operadores judiciales abarque todos los componentes estructurales de cada derecho

reconocido y amplíe a la población sus esferas de ejercicio, en la misma proporción en que ya lo ejercen las personas en países con condiciones de implementación semejantes a las del nuestro.

Una relación democrática entre los jueces y las Cortes de Estados soberanos, implica el reconocimiento de la creciente influencia del derecho internacional, particularmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el derecho interno y el necesario diálogo entre ambos. La universalización de los derechos y la transnacionalización de criterios genera un intercambio de resoluciones emitidas en otros países como referencia para la interpretación de derechos en el propio. Es evidente que las resoluciones de las Cortes de otros países no son vinculantes para el nuestro, sin embargo cada vez más, éstas pueden ser orientadoras de los argumentos e interpretaciones que se hacen de los marcos internacionales compartidos.

Tal como lo reflejan las resoluciones jurisdiccionales aquí vertidas, el valor pedagógico del acto judicial es fundamental para que el Estado mexicano permita la consolidación de la riqueza social y cultural de su sociedad a partir de la afirmación de que "todos los pueblos contribuyen a la diversidad y riqueza de las civilizaciones y culturas, que constituyen el patrimonio común de la humanidad" y que "todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o personas o que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas".[123]

La distancia cultural entre los procesos jurisdiccionales ordinarios y la cultura indígena contiene de forma implícita, afirmaciones de superioridad de una cultura sobre otras que corresponde enmendar al sistema de justicia mexicano. Los procesos donde son parte los indígenas suelen ser más lentos y engorrosos, el principio de inocencia se violenta con mayor facilidad, se suele condenar a personas que nunca tuvieron una defensa efectiva, se menoscaban sus recursos naturales y territorios, se han relocalizado pueblos enteros de manera forzosa, se debilitan sus sistemas propios de autoridad y al final todas éstas consecuencias de las malas prácticas judiciales atentan contra los principios de justicia y equidad que soportan el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas.

Los planteamientos y las sugerencias contenidas en este *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, tienen como única finalidad servir como herramienta orientadora al impartidor de justicia para que, en uso de sus facultades constitucionales y en estricto ejercicio de su independencia y autonomía, encuentre más elementos para lograr una justicia más accesible y un conocimiento de los asuntos que se desarrollan en un contexto de pluralidad cultural para emitir resoluciones que salvaguarden de la mejor manera posible derechos reconocidos, a partir de una ponderación adecuada entre

123 Preámbulo de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

derechos contrapuestos, contribuyendo así a evitar conflictos sociales de creciente impacto en la vida nacional. En este sentido, este Protocolo intenta apuntalar el papel social del derecho y coadyuvar a reposicionar la dignidad y el valor social de los jueces y las instituciones de justicia como garantes de gobernabilidad.

Es importante destacar que el Protocolo está estrictamente basado en normas vigentes. Cada uno de sus planteamientos tiene un fundamento legal preciso y enuncia derechos que deben garantizarse eficazmente y que son vinculantes.

El sustento y la perspectiva de este instrumento está dado por la reforma constitucional en materia de derechos humanos. La ampliación, efectividad y progresividad de estos derechos reconocidos tanto en la Constitución como los instrumentos internacionales signados por este país, son la columna vertebral del Protocolo y su objetivo central es ofrecer al juzgador las posibles acciones concretas que, a partir de una perspectiva de derechos humanos, mejoren los estándares de administración de justicia y consoliden el Estado de derecho al que las y los mexicanos aspiramos.

El sentido de la reforma constitucional citada no deja lugar a dudas: instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, norman la actuación de la Judicatura. Este Protocolo es un compendio de las normas que en la materia, las y los juzgadores deben hacer valer.

Fuentes bibliográficas

- Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia *Los Derechos de los Grupos Étnicos*. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18, citada en: Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-188 de 1993.

- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-606 de 2001, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, citado en Nelson Camilo Sánchez et al, *La restitución de derechos territoriales de pueblos indígenas* (Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, OIM, 2012).

- Gómez Rivera, Magdalena. *En busca de la costumbre jurídica*. Boletín indigenista No. 4, Enero-febrero (1990), Instituto Nacional Indigenista, México; Rodolfo Stavenhagen, *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Misión México* (México: ONU, 2004); Juan Carlos Martínez Martínez, *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño en la región Mixe* (México: INAH, IEPO, 2004); *Informe del diagnóstico sobre el acceso a la justicia para los indígenas en México, estudio de caso en Oaxaca* (OACNUDH, ONU, Unión Europea, México, 2007); y Katia Salazar Luzula, *El acceso a la justicia de los pueblos indígenas en Oaxaca: retos y posibilidades* (Estados Unidos, OEA, 2008); entre otros.

- López Bárcenas, Francisco. *El Derecho de los Pueblos Indígenas de México a la Consulta*. Servicios para una Educación Alternativa A.C. México, 2013.

- Ramírez, Silvina, *La protección de los derechos de los Pueblos Indígenas a través de un nuevo sistema de justicia penal*, Due Process of Law Foundation, 2012.

- Rodríguez Garavito, César y Natalia Orduz Salinas, *La consulta previa: Dilemas y Soluciones. Lecciones del proceso de construcción del decreto de reparación y restitución de tierras para pueblos indígenas en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia. Bogotá, junio de 2012.

- Rubio Martínez, Juan Carlos, *Indígenas y Amerindios* (Participación escrita para el Aula Oberta en Barcelona, 2005).

- Ruíz Chiriboga, Oswaldo y Gina Donoso, *Pueblos indígenas y Corte Interamericana: Fondo y Reparaciones* (Bélgica: 2010), versión manuscrita.

- Solano González, Edgar, *La jurisdicción especial indígena ante la Corte Constitucional Colombiana* (2011); Rosembert Ariza Santamaria, *Teoría y práctica de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, en Juan Carlos Martínez et. al, *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena* (Bogotá: Konrad Adenauer Stitung, 2008).

ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

De origen interno

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Federal de Procedimientos Penales
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 28/2007. Primera Sala. Ponencia Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 27 de junio 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 1851/2007. Primera Sala. Ponencia José de Jesús Gudiño Pelayo. Resolución 15 de diciembre de 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (México). Amparo Directo en Revisión 1624/2008, páginas 36-39. Primera Sala. Ponencia Ministro José Ramón Cossío Díaz. Resolución 05 de noviembre de 2008.
- Tesis Aislada: 1a. CCXXXV/2013; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10a. Época; 1a. Sala; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 735. Registro IUS: 2004169.
- Tesis Aislada: 2a. XXXIII/2012; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10a. Época; 2a. Sala; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1347. Registro IUS: 2000733.
- Tesis Aislada: 1a. CCXXXVI/2013; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; 10ª Época; 1a. Sala; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 1; Pág. 736. Registro IUS: 2004170.
- Tesis Aislada: 1ª XVI/2010; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, XXXI, Pág. 114. Registro IUS: 165288.
- Tesis Aislada: 1ª. CCXI/2009; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, XXX, Pág. 290. Registro IUS 165720.
- Tesis Aislada: 1º CCVIII/2009; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, XXX, Pág. 293. Registro IUS: 165717.
- Contradicción de tesis 293/2011.

- Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (México) Caso Cherán SUP-JDC-9167/2011.

- Buena Práctica (México). Acuerdo General 31/2013 del Pleno del Consejo de la Judicatura del Poder Judicial del Estado de Oaxaca.

De origen internacional

- Convención Americana sobre Derechos Humanos

- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial

- Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

- Observación General No. 5, Comité de los Derechos del Niño, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño 34° Período de Sesiones (2003), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 377.

- Observación General No. 23: Los derechos de las minorías, Comité de Derechos Humanos.

- Consejo de Administración de la OIT en su 282ª sesión, noviembre de 2001.

- (Naciones Unidas) Opinión Nº 5 (2013) del Mecanismo de expertos: acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas.

- (Naciones Unidas) Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas. *Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas*. Julio de 2013, A/HRC/EMRIP/2013/2.

- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen al Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/4/32, 4° período de sesiones, 27 de febrero de 2007.

- Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. *Principios Internacionales aplicables a la consulta en relación con la Reforma Constitucional en materia de Derechos de los pueblos indígenas en Chile*. 24 de abril de 2009.

- Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas A/66/288.

- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya al Consejo de Derechos Humanos. Promoción y Protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. A/HRC/12/34. 12° período de sesiones. 15 de julio de 2009.

- (Naciones Unidas) Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. A/65/264, 2010.

- Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas al Consejo de Derechos Humanos A/HRC/47/21.

- Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214.

- Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216.

- Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.

- Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141.

- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.
- Corte IDH. Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.
- Corte Suprema de Justicia de Argentina. Cámara Contencioso Administrativa, Chaco. Consejo QUOMPI-LQATAXAC NAM QOMPI con Provincia del Chaco. Sentencia de Fondo. 21 de abril de 2006.
- Sala Plena del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia. 0300/2012, Sucre, 18 de junio de 2012.
- Tribunal Supremo de Justicia de Bolivia. Sentencia Constitucional 2003/2010-R. Sucre, 25 de octubre de 2010. Expediente: 2008-17547-36-RAC. Distrito Tarija.
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Segunda Sala. Comunidad Indígena Aymara Chuzmiza y Usmagama. Recurso 2840/2008. Resolución 41242. 25 de noviembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Chile. Tercera Sala. Causa-Rol N° 5339-2013. 25 de Septiembre de 2013.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-342 de 1994.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-973 de 2009.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-601/11.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T/496/96.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-728/02.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-139/96.
- Corte Constitucional de Colombia. Demanda de Inconstitucionalidad. Sentencia C-366/11.
- Buena Práctica (Colombia). Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Rama Judicial del Poder Público República de Colombia. Acuerdo No. PSAA12-9614 de 2012.

- Buena Práctica (Costa Rica). Circular N° 020-2001.
- Buena Práctica (Costa Rica). Reglas Prácticas para facilitar el acceso a la justicia de las Poblaciones Indígenas. 2008.
- Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N.° 001-10-SIN-CC, 18 de marzo de 2010.
- Buena Práctica (República de Guatemala). Acuerdo Número 158/013, Presidencia del Organismo Judicial.
- Sala Tercera de la Corte de Apelaciones del Ramo Civil y Mercantil, Constituida en Tribunal de Amparo, Guatemala, 17 de Octubre de 2012. Amparo No. 01044-2012-363 Of. 3°.
- Corte de Constitucionalidad de Guatemala, expediente 3878-2007. Sentencia de 21 de diciembre de 2009.
- Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, Sala de lo Constitucional, Sentencia No. 123. Managua, trece de junio del 2000.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Sala de lo Contencioso Administrativo. Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la resolución I A-048-2000, de 1ro de Febrero de 2000, dictada por la Autoridad Nacional del Ambiente. Panamá, 21 de Diciembre de 2001.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá. Pleno. Demanda de inconstitucionalidad en contra de los artículos 38, 42, 43, 44, 45, 48 y 49 de la Ley No. 23 de 21 de Octubre de 1983. Magistrado Ponente: Arturo Hoyos. Panamá, 24 de Septiembre de 1993.
- Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N° 03343-2007-PA/TC.

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN
PARA QUIENES IMPARTEN JUSTICIA
EN CASOS QUE INVOLUCREN
DERECHOS DE PERSONAS,
COMUNIDADES Y
PUEBLOS INDÍGENAS
SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Esta edición consta de 5000 ejemplares
y se terminó de imprimir en marzo 2014.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN