

El derecho indígena a la tierra

Francisco López Bárcenas

La actual regulación jurídica de nuestro país en torno al derecho de los pueblos indígenas a la propiedad territorial y otros que de ella derivan es un asunto verdaderamente complejo, en el cual concurren, entre otros, los siguientes elementos: un espacio territorial del Estado como parte de él; disposiciones constitucionales relativas a los indígenas y sus derechos, dispersas y con un alcance sumamente estrecho en relación a sus demandas y necesidades, y una normatividad internacional mucho más amplia que la nacional pero en aparente contradicción con ésta. Lo escabroso del tema obliga a intentar una interpretación sistemática de ella, y relacionar una norma con otra usando un sentido lógico para encontrar el verdadero alcance de sus contenidos y así facilitar su aplicación. Ese es el objetivo de las presentes líneas.

El Estado y el territorio

El Estado mexicano, como cualquier otro Estado de los tiempos modernos, para ser tal debe integrarse mínimamente de tres elementos: un poder soberano para asegurar que en su interior no exista otro poder superior o igual al de él, mientras hacia el exterior, en su relación con otros Estados, le permita mantener un trato de igualdad; una población en beneficio de la cual se ejerzan los actos derivados de esa soberanía, y un territorio en el cual se establezca dicha población. Pueden existir otros elementos (y de hecho los hay) pero la teoría más generalizada sobre el Estado coincide en señalar los anteriores como elementos *sine qua non* para la existencia del Estado, de tal forma que si faltara alguno de ellos no podríamos hablar de su existencia.

Asegurar que nunca falte el elemento territorio al Estado mexicano es el objeto del párrafo primero del artículo 27 de nuestra actual Constitución Federal, que prescribe:

La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro del territorio nacional, corresponden originariamente a la Nación, la cual tiene y ha tenido el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada.¹

Existe un equívoco gramatical en el precepto Constitucional transcrito. La Nación mexicana no puede reclamar para sí la propiedad originaria de las tierras y aguas que integran su territorio porque forman parte de su ser, sin los cuales, como ya se dijo, no podría existir. El sentido correcto de esta norma (atendiendo a la teoría del Estado) debe ser el de concebir al territorio como parte del Estado mexicano, el cual haciendo uso de su soberanía puede transmitir parte de él a los particulares para hacerlo producir y que contribuyan al bienestar de la población y el desarrollo del país.

Esta postura es también la del constitucionalista Ignacio Burgos Orihuela, quien al respecto ha dicho que:

La propiedad originaria de que habla el párrafo primero del artículo 27 Constitucional significa la pertenencia del territorio nacional a la entidad estatal como elemento consustancial e inseparable de la naturaleza de ésta. (...) En realidad es indebido hablar de la "propiedad originaria" que tienen la Nación o el Estado mexicano sobre las tierras y aguas, ya que la propiedad en general, según afirmamos con antelación, implica una referencia a algo suprapersonal (como el bien y la cosa) a un sujeto y, como el territorio constituye el elemento esencial de la entidad estatal, es evidente que no puede haber entre ésta y aquél una atribución, ya que implican una unidad como un todo y como parte respectivamente.²

No ignoramos que la forma en que está redactado el precepto Constitucional citado encuentra su antecedente en la Bula *Inter Caetera* dictada por el papa Alejandro VI el 4 de mayo de 1493. Este documento eclesiástico tuvo como objeto dirimir el conflicto suscitado entre España y Portugal relativo a la pertenencia de las tierras descubiertas y mediante él se decidió que el territorio que actualmente ocupa nuestro país en aquellos años correspondía a España. En base a esta resolución la metrópoli española se arrogó

el derecho de propiedad sobre este espacio territorial, lo mismo que la facultad de transmitirlo a sus vasallos. Al consumarse la independencia, los constituyentes pensaron que el poder ejercido por España sobre su Colonia pasaba a la naciente Nación, así lo plasmaron en la Primera Constitución Federal y ese ha sido el espíritu que en ésta se ha mantenido desde entonces. Pero las cosas no sucedieron de ese modo sino de otro muy diferente. Con el rompimiento de los lazos que sujetaban la Nueva España a la Corona Española se terminó toda unión entre ésta y nuestro país; surgiendo éste por primera vez en el concierto de las naciones como Estado soberano, emanando su derecho a un territorio de ese hecho y no de otro.

Fuera de este desliz gramatical, lo cierto es que en nuestro país el Estado tiene el derecho primordial de disponer de los elementos que integran su territorio, hasta desprenderse de él y transmitirlo a su población, dando lugar a la formación de la propiedad privada que no es única ni absoluta, pues el mismo artículo en párrafos siguientes previene que debe sujetarse a las modalidades que conengan al interés público, establece el derecho de expropiación cuando así sea necesario y crea la propiedad social.

El contenido de esta disposición afecta también las tierras de los pueblos indígenas, es decir, las propiedades territoriales de estos jurídicamente revisten un carácter derivado, producto de la transmisión que el Estado efectúa en su favor, sujetas también a las modalidades de los otros tipos de propiedades.

Durante mucho tiempo el Estado mexicano ignoró a los pueblos indígenas como sujetos de derecho y estos tuvieron que refugiarse en las comunidades campesinas para defender su derecho a la tierra. Esta práctica respondió al interés de la clase gobernante por "integrarlos" a la cultura nacional; pensaban (y algunos todavía lo hacen) que la única manera de "ayudar" al indígena a salir de su postración histórica era equipararlo al resto de la población, para lo cual no se hacía necesario reconocer y respetar sus derechos específicos, lo que implícitamente constituía una agresión en contra de ellos.

Territorios indígenas y derecho internacional

Esta visión se modificó, por lo menos formalmente, a principios de la presente década. El 11 de julio de 1990, la Cámara de Senadores de la República aprobó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes adoptado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT) el 27 de junio del año anterior. El instrumento de ratificación hecho por el Presidente de la República el 13 de agosto de 1990 fue depositado ante el Director General de la Organización el 5 de septiembre del mismo año y, según el artículo 38, fracción 2, de ese documento, tiene vigencia en nuestro país desde el día 6 de septiembre de 1991.³

Este documento jurídico de carácter internacional, en su parte II denominada "Tierras" establece una serie de derechos a favor de los pueblos indígenas sobre la materia; derechos que según nuestra propia Constitución Federal y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es de observancia obligatoria en todo el territorio nacional.

En efecto, el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Para efectos del derecho internacional el Convenio 169 es un tratado, según disposición del artículo 2, fracción 1, inciso "a", de la Convención de Viena; fue celebrado por el Presidente de la República, ratificado por el Senado y no establece norma en contrario en relación al contenido de la Constitución Federal, por tanto forma parte de la Ley Suprema de toda la República mexicana.

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados refuerza y amplía esta tesis. Fue firmada por el representante del gobierno de los Estados Unidos Mexicanos el 23 de mayo de 1969, ratificada por la Cámara de Senadores el 29 de diciembre de 1972, firmada por el Presidente de la República el 5 de julio de 1974 y el instrumento depositado respectivo ante el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas el 25 de septiembre del mismo año,⁴ razón por la cual también forma parte de la Ley Suprema en todo el país.

Pues bien, esta norma jurídica, en su artículo 26, prescribe que "todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

En el numeral siguiente se insiste y precisa sobre lo mismo al decir que

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

El artículo al cual remite el texto antes citado hace referencia a la incompetencia de la autoridad que signa un tratado a nombre de determinado Estado para hacerlo; en este caso el Estado afectado podrá invocar su nulidad cuando se haya hecho con manifiesta violación de una norma fundamental, hipótesis que no se actualiza en el caso que nos ocupa y por tanto no tiene ningún objeto entrar al estudio de sus posibles consecuencias.

Derecho indígena a la tierra según la OIT

El derecho indígena a la tierra protegido en el Convenio 169 de la OIT incluye las tierras de cultivo, los recursos naturales que en ellas se encuentran y los lugares destinados por los indígenas al desarrollo de su cultura; en pocas palabras no sólo protege la tierra sino el territorio. Así se contempla expresamente en el párrafo 2 del artículo 13 que dice:

La utilización del término "tierras" en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera.

Como ya en otra ocasión se expresó aquí mismo (*Ojarasca* núm. 33-34) el

documento internacional que se viene analizando protege el derecho a la tierra desde varios aspectos, como son: propiedad, posesión, restitución, derecho a no ser trasladado de su territorio sin su consentimiento y en caso de que esto sea indispensable se deberá indemnizar por los daños que sufran, independientemente de su derecho a recibir tierras cuya calidad y situación jurídica sea por lo menos la misma de las tierras que ocupaban antes del tratado, cuidando que les sirvan para resolver sus necesidades alimenticias y garanticen el desarrollo de su futuro.

También se impone al Estado la obligación de establecer sanciones contra las personas que no siendo indígenas alteren la organización y forma de tenencia de la tierra sin estar autorizadas para ello; lo mismo para dotar tierra suficiente a los pueblos que la requieran y los elementos necesarios para su cultivo.

Referente a los recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas el documento internacional otorga a los pueblos indígenas el derecho de utilizarlos y conservarlos; lo mismo que para ser consultados antes de proceder a su explotación y participar en ella cuando, como en el caso de México (artículo 27, párrafo cuarto de la Constitución Federal) dichos recursos pertenezcan al Estado. Por ser esta hipótesis de capital importancia para los pueblos indígenas, cito textualmente la disposición:

Artículo 15

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

2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serán perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

Por último, en relación a las formas de transmisión de la tierra, el documento en mención estatuye que "deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados; igual tienen derecho a ser consultados "siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre las mismas fuera de su comunidad" y, por último, "deberá impedirse que personas extrañas a los pueblos indígenas se aprovechen de las costumbres de ellos o de su desconocimiento de las leyes para apropiarse o posesionarse de sus tierras".

El Convenio 169 y la legislación interna

Con la firma del Convenio 169 de la OIT por el representante del Poder Ejecutivo, su ratificación por el Senado de la República y el Depósito de la ratificación ante el director General de la oficina de ese organismo internacional, el gobierno mexicano, formalmente, dejó atrás su política de "incorporar" a los indígenas al "pueblo mexicano" y reconoció la composición pluricultural de la población nacional, comprometiéndose a respetar e impulsar el desarrollo de los pueblos indígenas en base a sus propias instituciones económicas, políticas y culturales.

Pero ese reconocimiento sólo fue formal, el propósito no llegó (ni ha llegado) más allá del papel en que fue firmado. Apenas cuatro meses después que dicho documento entró en vigencia en nuestro país, el titular del Poder Ejecutivo promovió, y el Congreso de la Unión aprobó una reforma a la Constitución Federal; asimismo se adicionó un párrafo al artículo cuarto en el cual se acepta la existencia de los pueblos indígenas y se busca proteger sus derechos *culturales*. El texto adicionado a este artículo reza:

La Nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquellos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.

En referencia directa a la tierra, el artículo 27, en su fracción VII, párrafo segundo, dispone: "La ley protegerá las *tierras* de los *grupos* indígenas".

Estas dos disposiciones son las únicas que a nivel Constitucional hacen referencia al derecho indígena a la tierra y por la técnica con que fueron redactadas y el contenido de ellas no constituyen ninguna garantía, en el sentido de derecho subjetivo público que el lenguaje jurídico atribuye a este vocablo. Permítaseme abundar al respecto. La última parte del artículo cuarto Constitucional previene que en los juicios y procedimientos agrarios en que los pueblos indígenas sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas pero no les otorga eficacia plena a estas prácticas y costumbres sino las subordina a lo que establezca la ley secundaria. La Ley Agraria restringe más aún el campo de aplicación de las prácticas y costumbres jurídicas de los pueblos indígenas en la resolución de este tipo de problemas, pues previene que esto sólo será posible (artículo 164) "mientras no contravengan lo dispuesto en esta ley ni se afecten derechos de terceros". Con este tipo de regulación se viola el espíritu y contenido del Convenio 169, con lo cual el gobierno mexicano incumple un compromiso internacional que se obligó a respetar de buena fe.

Otro tanto sucede con la parte citada del artículo 27 Constitucional. Su eficacia se remite a lo que disponga la ley secundaria, pero esta a su vez la hace descansar en lo que disponga la ley que reglamente el artículo cuarto de nuestra norma fundamental, lo que además de ser técnicamente incorrecto, sigue eludiendo el problema. El artículo 106 de la Ley Agraria dice:

Las *tierras* que corresponden a los *grupos indígenas* deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo cuarto y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 Constitucional.

Eso en cuanto a la estructura, pero en relación al contenido la cuestión es peor. El Convenio 169 y el artículo cuarto Constitucional hablan de *pueblos indígenas*, reconociéndoles con ellos ciertos derechos específicos, pero en el artículo 27 éstos se convierten en *grupos indígenas*, con lo cual se les reduce a una categoría inexistente en el derecho y por tanto los vuelve entes no sujetos a ningún derecho. Otro tanto puede decirse del derecho protegido, pues mientras el Convenio 169 se refiere a *territorios*, nuestra Constitución habla de *tierras*, lo que reduce bastante el alcance del derecho de los pueblos indígenas.

Esta indefinición del gobierno mexicano en cuanto al derecho de los pueblos indígenas a la tierra, además de contravenir un compromiso de carácter internacional, genera un problema para la aplicación de esas disposiciones que, desde nuestro punto de vista, debe resolverse aplicando las normas jurídicas de mayor alcance, esto es, las que mayores protecciones brindan a sus destinatarios. Eso se desprende de una interpretación sistemática

de los documentos internacionales aquí citados y de las mismas disposiciones Constitucionales que, según disposición de ella misma, son la Ley Suprema de toda la Nación.



Francisco Javier López Bárcenas: *estudiante mixteco de postgrado en la facultad de Derecho de la UNAM*



Foto: Claudia Andujar

Yanomami, 1976



Foto: Claudia Andujar

Yanomami, 1974