

# CONSTITUCIONALIZACIÓN MEXICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS, INCLUSIVE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (\*)

BARTOLOMÉ CLAVERO

Hace sólo cerca de año y medio, en junio de 2011, se realizó en México una reforma constitucional de tal alcance que todavía no resulta al día de hoy cabalmente evaluable. Lo compruebo al asistir a unas jornadas sobre *¿Cómo argumentar los derechos humanos?* La reforma precisamente ha consistido en una incorporación de Derecho internacional de derechos humanos al cuerpo normativo del Derecho constitucional mexicano, del que ahora así es parte integrante. Ahora, en México, hay un Derecho internacional que es Constitución en igual grado y con igual fuerza que la norma constitucional misma. Participé argumentando que, por esta vía, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, son en México normas de carácter constitucional, tan constitucional como la Constitución misma o, diciéndolo mejor, como la parte mexicana del nuevo constitucionalismo mexicano.

Es el *III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica* del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación del Gobierno Federal el que ha sido dedicado a ese interrogante de *¿Cómo argumentar los derechos*

---

(\*) Texto ampliado de la conferencia pronunciada el 21 de noviembre de 2012 en la ocasión que ahora al inicio se notifica. Reproduzco en apéndice los dos primeros artículos de la Constitución mexicana, pues de su comentario fundamentalmente se trata.

*humanos?* Se ha celebrado entre el 21 y el 23 de noviembre de este año 2012 en el Archivo General de la Nación, México DF.

Mi conferencia se ha ceñido al caso indígena en el nuevo escenario constitucional: *¿Cómo argumentar en México los derechos de los pueblos indígenas en cuanto que derechos humanos?* Para intentar ofrecer una respuesta, he debido introducirme por la cuestión primordial del arribo de un nuevo constitucionalismo mexicano. Concretando más, ¿qué ha traído la susodicha reforma constitucional de incorporación de derechos humanos que pueda interesar a los derechos de los pueblos indígenas? ¿Cuál es hoy en la materia fundamental de los derechos el orden constitucional que puedan compartir los Estados Unidos Mexicanos y los pueblos indígenas de ciudadanía mexicana?

La reforma, esto es actualmente la Constitución, declara: *«En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección»*. Ésta es ahora la entrada del texto constitucional, de su artículo primero, pero no es la primera novedad. El epígrafe de su capítulo, el primero del título primero, ha sido modificado también por la reforma. Era antes *De las Garantías Individuales* y es ahora *De los Derechos Humanos y sus Garantías*. Es un cambio en el que ya se encierran importantes novedades que podremos apreciar cómo y en qué grado interesan a los pueblos indígenas.

Todos los Derechos constitucionales, todos los que se contemplan en la Constitución mexicana, se categorizan a partir de ahora como *derechos humanos*, hasta tal punto los derechos humanos del Derecho internacional no se entienden como un elemento agregado. Todos los Derechos constitucionales, inclusive los de fuente internacional que ahora se constitucionalizan, deben, no yuxtaponerse o complementarse entre sí, sino integrarse en un solo cuerpo normativo. La propia reforma lo puntualiza en el mismo artículo primero: *«Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad»*. *Derechos humanos* ya no es mera referencia a un elemento de procedencia exterior, sino a todos los Derechos constitucionales reconocidos y garantizados en México, cualquiera que fuere su origen. Entre los unos y los otros, humanos y constitucionales, se produce una verdadera ecuación. Son los mismos.

Hay otra novedad en el epígrafe. De *garantías individuales* se ha pasado sencillamente a *garantías*. El adjetivo se venía entendiendo como que fueran garantías debidas en exclusiva al individuo, aunque los artículos comprendidos

en este capítulo nunca se habían limitado a Derechos estrictamente individuales. Ahora se extrae la consecuencia. Cuando el pronunciamiento de entrada proclama, como hemos visto, que «*todas las personas gozarán de los derechos humanos*», no habrá de entenderse *persona* en el sentido de individuo, sino en el de todo sujeto de Derecho, sea también colectivo. Esto responde a la propia evolución del Derecho internacional de derechos humanos, que hoy contempla no sólo al sujeto individual, sino también a sujetos colectivos. En la misma Constitución mexicana, desde una reforma de hace diez años, de 2001, el segundo artículo se refiere precisamente a derechos de pueblos y comunidades indígenas. Todo el resto de los derechos también por supuesto que alcanza a personas indígenas igual que a las personas no indígenas en el sentido *persona* de individuo.

El propio artículo primero constitucional, desde la reforma de 2011, abunda en el valor normativo primordial de los derechos subrayando la posición de precedencia de sus sujetos de cara al entero ordenamiento: «*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*». Es el principio *pro persona*, a favor de la persona, en lugar de *pro iure*, a favor del ordenamiento, como canon básico de la interpretación de las normas. A su respecto conviene subrayar que *persona* significa ya no sólo individuo, sino también sujeto colectivo, como el pueblo indígena en el caso de sus derechos.

Digo que conviene destacar esa extensión de la categoría de *persona* consecuente con la incorporación constitucional de los derechos humanos porque, tras la reforma de 2011, la doctrina constitucionalista mexicana está precisamente insistiendo en la dirección contraria de la equiparación de persona con individuo, una equiparación excluyente de los sujetos colectivos en este momento fundamental de definición del derecho para cimentación del Estado. Puede comprobarse en el volumen dirigido por Miguel Carbonell y Pablo Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Porrúa-UNAM, 2012, que se presenta como cubriendo «*prácticamente todos los temas involucrados en la reforma*». Falta el clave del sujeto de los derechos.

Por cuanto vamos a ver, se comprenderá que comience por manifestar desconfianza respecto al constitucionalismo académico en cuanto interesa a la significación y el alcance de la incorporación a la Constitución de Derecho internacional de los derechos humanos. De hecho, afortunadamente, hay campo abonado en México para la asunción social de la reforma e incluso para darle un impulso ante la justicia y la política que no dependa de mediaciones doctrinarias. Se cuenta con constancia: *El litigio estratégico en México: la aplicación de*

*los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, 2007. De esta instancia internacional, de su oficina mexicana que se estableciera en 2002, ha provenido la iniciativa de tal reforma constitucional.

\* \* \*

En principio, el Derecho internacional de derechos humanos incorporado al propio ordenamiento constitucional no parece que sea todo él, sino tan sólo unos de sus componentes normativos: «*los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*», según hemos visto. Otras normas internacionales de Derechos humanos, como, por ejemplo, las declaraciones o los tratados no ratificados por México, no se integrarían entonces en la Constitución.

Sin embargo, mandatos constitucionales que se contienen en el mismo artículo primero no se compadecen bien con una interpretación tan restrictiva. Me refiero ante todo al también ya visto de «*promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad*». No reitera la limitación expresa a los tratados ratificados y proclama principios que están requiriendo una internormatividad más integradora. También el principio *pro persona* se refiere en términos genéricos a *las normas relativas a los derechos humanos*, bien que, como igualmente se ha visto, debiendo interpretarse conforme a tratados ratificados y a Constitución, se entiende ahora a su parte mexicana.

José Ramón Cossío, prestigioso constitucionalista y Ministro de la Suprema Corte de Justicia, ha intervenido en las jornadas sobre *¿Cómo argumentar los derechos humanos?* conferenciando sobre *¿Cómo argumentar los derechos en la impartición de justicia?* Parte de una interpretación no restrictiva de la incorporación constitucional de Derecho internacional de Derechos humanos. Justamente entiende que la expresión «*tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*» no tiene por qué reducirse a los tratados multilaterales específicos de derechos humanos, los que como tales se adoptan por la Asamblea General de las Naciones Unidas abriéndose a ratificación de los Estados. Cualquier tratado internacional, incluso bilateral, que interese a Derechos humanos tiene ahora valor constitucional. No es una opinión personal, sino la adoptada por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, como puede verse en su sitio web.

En este sitio, el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para facilitar el necesario trabajo de construcción integradora del orden constitucional, se ha abierto una página dedicada a los *Tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen derechos humanos*. Al día de hoy, se han identificado 171 (ciento setenta y uno) tratados que así han de entenderse

elevados a Constitución. Desde la reforma de 2011, todos ellos o las fracciones de cada uno interesante a derechos han de considerarse normas constitucionales, normas integrantes del orden constitucional mexicano. En la colección no falta el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, esto es el tratado sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ahora así novado como norma constitucional, aunque no sea estrictamente un tratado de derechos humanos. El Convenio 169, tratado ratificado por México, es ahora Constitución en México, algo que merece desde luego subrayarse con trazo fuerte por cuanto interesa a los pueblos indígenas.

Conviene subrayarlo a efectos tanto internos como externos, de cara incluso a la Organización Internacional del Trabajo. *Normlex*, el nuevo sitio web de las normas de esta agencia, procede a jerarquizar sus convenios, distinguiendo entre *fundamentales*, *prioritarios* y *técnicos* e incluyendo el Convenio 169 entre estos últimos. *Fundamentales* se entienden los que interesan a *derechos humanos*; *prioritarios*, los que lo hacen a *gobernanza*, y *técnicos*, ni una cosa ni la otra. El Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes no merece ahora para la agencia responsable ni siquiera la consideración de que importe a *gobernanza*, a buen gobierno. Ante esta verdadera involución de las posiciones de la Organización Internacional del Trabajo respecto a los pueblos indígenas de la que dicha degradación del Convenio 169 puede ser el síntoma más expresivo, pues no es el único, bien está que México contrapesese elevándolo a categoría constitucional.

¿Qué ocurre con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas? En principio no parece que se le incluya en el cuerpo normativo constitucional mexicano. El sitio de la Suprema Corte no lo hace. Es declaración y no convención, no tratado. No obstante, a estas alturas de desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, ésa puede ser una conclusión precipitada.

No resulta a estas alturas tan nítida la distinción entre declaraciones que no se incorporarían a la normatividad constitucional y convenciones que han de hacerlo. Entre las unas y las otras existen hoy unos vínculos que les hacen difícilmente separables a efectos operativos. Las declaraciones pueden alcanzar por sí mismas y en relación con las convenciones un valor normativo en cuya virtud no cabe ignorárseles en el momento no sólo interpretativo de asumir y aplicar Derecho internacional de los derechos humanos, más aún cuando se trata de su integración en un orden constitucional. El cuerpo internacional de derechos humanos tiene hoy más consistencia que la agregativa.

En una primera fase del Derecho internacional de derechos humanos, las declaraciones eran como las precursoras de las convenciones, pues proclama-

ban principios que luego vendrían a articularse a los efectos de su puesta en práctica por parte de las segundas, las que consiguientemente se abrían a la ratificación de los Estados como tratados. Esto significaba que atenerse a tratados era también cumplir con declaraciones, por lo que sin mayor problema podía prescindirse de éstas en el momento de la asunción y aplicación de Derecho internacional de los derechos humanos. Al efecto bastaban los tratados.

Lo que no es el caso ahora. Hoy hay declaraciones que no se plantean como precursoras de convenciones por ser consecuentes en vez de antecedentes de tratados. Véase cómo se presenta la Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas: «*Inspirada en las disposiciones del artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos relativas a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas...*». Efectivamente, es un desarrollo de tratado, por lo que ha de atenderse la declaración para aplicarse dicho Pacto. Hay también declaraciones con valor propio remitiéndose a puesta en práctica por los Estados sin pasar ulteriormente por convención y más allá de que puedan vincularse a tratado precedente, como puede comprobarse en el caso la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Las hay que expresan la remisión a cumplimiento por el Estado de forma especialmente imperativa, como cabe ver en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.

¿Cómo, de qué forma, declaraciones de este género nuevo pueden excluirse de las remisiones de las Constituciones a los tratados de derechos humanos? No se puede, menos aún si de lo que se trata es de incorporación. Entre declaraciones de nuevo tipo y convenciones está generándose una red normativa que va tejiéndose en el propio seno de las Naciones Unidas por parte de los comités de tratados de derechos humanos. En un primer momento, se fue instituyendo un comité por convención entendiéndose que su competencia en el examen de Estados ratificadores se delimitaba por el contenido de su norma habilitante. Hoy no es así, pues viene desarrollándose una práctica de exámenes transversales por colacionarse otros tratados o también declaraciones que guardan relación. En el Examen Periódico Universal que se pasa por los Estados ante el Consejo de Derechos Humanos se llega al punto de interrogarse sobre la no ratificación de tratados, habiendo de rendirse cuenta como si constituyese una obligación. De este modo, el mismo extremo de la ratificación cuya posibilidad distingue entre convenciones o declaraciones ha comenzado, sólo comenzado, a relativizarse.

En consecuencia con estos desenvolvimientos, el Derecho internacional de derechos humanos ya no es definitivamente una mera suma de normas de

diversa categoría, sino un ordenamiento jurídico con vida propia. Si no lo es completo, esto se debe a que se atiene a su materia competencial, la de los derechos, lo cual no le resta nada como ordenamiento. Ordenamientos auto-suficientes, que se basten a sí mismos, hoy no los hay, y menos en un Estado federal como lo son los Estados Unidos Mexicanos. México como Federación integra su ordenamiento constitucional con los constitucionalismos de las entidades federativas y ahora decide hacerlo también con el ordenamiento internacional de los derechos humanos. Los dos elementos tienen una dinámica propia, una vida independiente. Como parte del constitucionalismo resultante en su parte internacional, ha de atender no sólo a los tratados ratificados, sino también a la doctrina desenvuelta por los comités de derechos humanos y otras instancias de las Naciones Unidas que a su vez integran hoy referencias normativas de diverso género, no sólo, en su caso, la respectiva norma habilitante. Ésta, el tratado, no cabe que se aisle.

Todo esto se aprecia más claramente con respecto al sistema interamericano de derechos humanos cuyo derecho queda por supuesto también integrado en la Constitución mexicana con la reforma de 2011. Derechos humanos son también los del sistema regional. Así se incorpora a orden constitucional no sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Su valor es ahora en México constitucional. Su práctica es a estas alturas también transversal, integrando derecho internacional general de derechos humanos o de alcance no sólo regional americano. Insistamos que todo esto es ahora en México ya Constitución —la Convención— ya jurisprudencia constitucional —la producida por la Corte Interamericana—.

Hay materias en las que la incorporación se facilita por la misma labor del sistema interamericano. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha publicado recientemente un cumplido informe sobre un aspecto clave de los derechos de los pueblos indígenas: *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Se tiene accesible en el sitio web de la Comisión, en su página de *Publicaciones*. Con el debido respeto, me atrevo a decir que hay aquí hoy por hoy para México más y mejor derecho constitucional que en la dispersa e incoherente jurisprudencia sobre materia indígena de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (baste con recordar las Tesis XVI y XVII de las editadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXXI, febrero de 2010, de las que luego hablaré).

\* \* \*

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reúne la doble condición de desarrollar tratados y de tener un valor normativo propio. Es el mejor ejemplo del nuevo tipo de declaración que hace ya prácticamente imposible la distinción neta entre tratados e instrumentos de derechos humanos no convencionales y, por tanto, no susceptibles de ratificación, distinción sobre la que de entrada parece que se sustenta, para excluir las declaraciones, la reforma constitucional mexicana de incorporación de derecho internacional de derechos humanos.

El artículo tercero de la Declaración proclama este reconocimiento: «*Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural*». Los primeros artículos de los Pactos Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, éstos son los principales tratados de derechos humanos, utilizan la misma fórmula respecto a *todos los pueblos*. Ahora se extiende a *pueblos indígenas*. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas desarrolla a su respecto los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. No hay que recordar que éstos están ratificados por México.

La extensión es también adaptación, pues el ejercicio de dicho derecho de libre determinación política, económica, social y cultural se restringe en el caso de los pueblos indígenas a un régimen de autonomía en el interior del Estado, bien que con ulteriores garantías y con consignación de derechos sustantivos de los pueblos y no sólo de los individuos indígenas. Además de la autonomía para asuntos internos, la principal garantía de los correspondientes derechos sustantivos es la del requerimiento de consulta que acredite el consentimiento *libre, previo e informado*, esto es siempre autodeterminación, del mismo pueblo para asuntos de intervención externa, particularmente respecto al Estado. El Estado ha de ser el garante de tal garantía, la del consentimiento indígena, de cara a otras entidades, como por ejemplo las empresas.

Además de constituir desarrollo de tratados, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas tiene valor normativo directo propio. He aquí sus inequívocos pronunciamientos al propósito: «*Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración*»; «*Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia*» (arts. 38 y 42).

Hay disposiciones tan claras que no requieren interpretación. Si se hace, malo. Desafortunadamente, en el mismo seno de las Naciones Unidas, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas la hace, contribuyendo también, como la Organización Internacional del Trabajo, a la degradación de las normas internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas. Están los mismos ahora cediendo en el orden internacional a la presión de intereses corporativos transnacionales con la connivencia de algunas instancias de las Naciones Unidas. Pues explicar aquí esto que constituye un problema real para la incorporación constitucional de los derechos de los pueblos indígenas nos desviaría, permítaseme remitir a obra propia: «¿Globalización del Constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales, 1947-2011», en *Quaderni Fiorentini*, núm. 41, 2012, págs. 483-580. Se tiene en Internet. Búsquese por el título o en la página de *Estudios* de mi blog, *Bartolomé Clavero. Ensayos, opiniones y actualidad*.

Por su parte, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, desde la reforma en materia indígena de 2001, en su artículo segundo, el que ahora viene a continuación de la constitucionalización del Derecho internacional de derechos humanos, reconoce a los pueblos indígenas como sujetos de libre determinación en los mismos términos sustantivos que la posterior Declaración, los de ejercicio a través de la autonomía: «*El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional*», una *unidad nacional* que, no se olvide, es de índole federal. Tal autonomía, la indígena, podría ser de rango tan constitucional y de capacidad tan constituyente como la de las entidades federativas, los Estados internos. Incoherentemente, acto seguido, el mismo artículo segundo remite a estos mismos la determinación hasta de la identidad de los pueblos indígenas: «*El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas*», reconocimiento en el sentido de identificación.

A esta incoherencia responden las tesis jurisprudenciales referidas de la Suprema Corte de Justicia. Se trataba de una reclamación de autonomía, invocándose el Derecho constitucional a la libre determinación, para el régimen de los ejidos indígenas, un régimen expresamente sometido a ley no indígena por la propia Constitución. La Corte no tuvo empacho en afirmar ambas cosas consecutivamente, aquel régimen legalista y este derecho indígena. La contradicción estaba en la misma norma constitucional.

Hay alguna otra tesis jurisprudencial que puede venir ahora más al caso. Me refiero a la Tesis segunda de las publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, noviembre de 2002: «*Derechos de los Indígenas*.

*Los establecidos en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos pueden ser ampliados por las legislaturas locales dentro del marco de aquélla*». Esto mismo de la ampliación de derechos indígenas debe decirse ahora respecto al Derecho internacional de los derechos humanos con la importante diferencia de que éstos, tras la reforma de 2011, concurren a la determinación del *marco* del constitucionalismo mexicano.

Las contradicciones o antinomias que ya había en el orden constitucional mexicano, desde la reforma de 2001, entre autonomía de los pueblos indígenas y determinación por ley, la federal o la estatal, puede parecer que se agravan ahora con la incorporación de Derecho internacional de derechos humanos, pero éste también trae, reforma de 2011 mediante, los elementos necesarios para una superación de los contrasentidos. La Constitución hemos visto que adopta para la materia de derechos humanos el principio lógico de favor a la *persona* en el sentido del sujeto de los mismos, sea también colectivo. Según el Derecho internacional actual, sujetos de derechos específicamente además humanos son los pueblos indígenas. Su declaración, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, es un instrumento de derechos humanos. El principio *pro persona* ha de aplicárseles, lo que ya podría bastar para la incorporación de la Declaración aunque no tuviera valor normativo propio.

La tendencia prevaleciente en la doctrina constitucional mexicana ya hemos dicho que es la contraria, pero el constitucionalismo académico no debe prevalecer en modo alguno sobre el constitucionalismo normativo. En la misma parte mexicana de la actual Constitución, la que también se compone por Derecho internacional, hay todavía reflejos de un entendimiento del sujeto de los derechos como el individuo en exclusiva aplicándosele precisamente a la autonomía indígena para restringirla. El único caso de subsistencia constitucional del sintagma *garantías individuales* con dicha implicación se produce a dicho determinado efecto: «*Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para [...] aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres*» (art. 2.A.II).

Entiéndase bien. El problema no reside en que deban garantizarse los Derechos humanos a todos los individuos, ellas y ellos, en el ejercicio de la autonomía indígena como de cualquier otra instancia o institución, sino en que el imperativo se consigne en esos términos suspicaces de designio restrictivo. Esto a continuación se concreta en una limitación tan sustancial de la autonomía

como la de remisión de las competencias y procedimientos a ley no indígena: «La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes», se dice acto seguido en la fracción recién citada del artículo segundo constitucional. En ningún momento ni siquiera se piensa que las autonomías indígenas puedan dotarse de leyes propias, como si sus *sistemas normativos* estuvieran condenados a ser meramente consuetudinarios. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas abre otro horizonte que ahora también es, debe ser, el horizonte constitucional en México.

\* \* \*

Un nuevo horizonte se ha abierto realmente para todo el constitucionalismo mexicano por la reforma de incorporación de derechos humanos. Detecto temores y reservas entre sectores constitucionalistas académicos, como si se aprestasen a interponer controles o, dicho de otro modo, a no perder el control. Me temo que sean representativos.

En el volumen citado, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, Miguel Carbonell, unos de sus directores, constitucionalista de empuje renovador, repudia el nuevo sentido comprensivo de *derechos humanos* para mantener la categoría de *derechos fundamentales*, lo que se basta para inactivar el potencial de la reforma. En su conferencia sobre *¿Cómo argumentar los derechos en la impartición de justicia?* José Ramón Cossío manifiesta su preocupación ante las reclamaciones de *derechos humanos* que no se atienen al derecho establecido de la justicia dada con sus legitimaciones y sus procedimientos, sus plazos y sus prescripciones. En el caso de los derechos de los pueblos indígenas, tal supeditación se basta para obstruir el horizonte de la propia autonomía normativa y jurisdiccional como sujetos de libre determinación. El supuesto ni se tiene presente. En *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, las referencias al caso indígena son absolutamente incidentales. Ya dije que la cuestión de los sujetos, bien primaria si no la principal, ni siquiera se afronta.

Sigue sin tomarse en consideración al sujeto de libre determinación que es el pueblo indígena, cada pueblo indígena, no sólo para el Derecho internacional de los derechos humanos, sino también para la otra parte, la mexicana, de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, lo que ante todo habría de implicar que la voz indígena fuere relevante para el propio acomodamiento en el seno de la Federación mexicana y para la restructuración consiguiente de esta misma. Dicho de otro modo, a la luz de la integración de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto que derechos humanos en el sistema constitucional mexicano, la interpretación de la Constitución o, dicho mejor, la construcción

del nuevo constitucionalismo no puede seguir confiada tan sólo a la Suprema Corte de Justicia y, ahora también, a instancias internacionales. Sin concurrencia normativa y jurisdiccional indígena, el neoconstitucionalismo se mutila.

En el constitucionalismo mexicano actual, el que integra Derecho internacional de derechos humanos en virtud de la reforma de 2011, hay de partida una porción del texto previo que ha de entenderse sencillamente derogada por la regla elemental de que el derecho posterior sobreesee al derecho anterior del mismo rango o inferior. La reforma de 2001, esto es sustancialmente lo contenido en el artículo segundo constitucional con más de un reflejo ulterior como el de la exclusiva constitucional de la Suprema Corte de Justicia y la competencia estatal en materia indígena, ha de sustituirse, salvo por lo que toca estrictamente el reconocimiento de la libre determinación, por los instrumentos internacionales sobre derechos de los pueblos indígenas en su integridad.

¿Puede ampliarse tanto como aquí se propugna, comprendiéndose los derechos de los pueblos indígenas, la incorporación constitucional de Derecho internacional de los derechos humanos cuando su punto de partida ha sido el de integración tan sólo *los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*? Si la ampliación privase completamente de sentido a este pronunciamiento, no podría sostenerse, pero el caso es que el mismo mantiene un significado. A partir de la reforma, los tratados internacionales que contemplen nuevos derechos humanos no se incorporan al ordenamiento constitucional hasta que sean ratificados. Tampoco las nuevas declaraciones que no desarrollen tratados ya ratificados por México deben entenderse incorporadas. Y hay una razón para que la referencia inicial sea sólo a tratados, pues éstos son los que introducen garantías en el Derecho internacional de derechos humanos.

Ninguno de tales supuestos, ni el de tratados no ratificados ni el de declaraciones no vinculadas a tratados, son de aplicación ni al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que es tratado ratificado, ni a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que se vincula a los Pactos y tiene además valor normativo propio. Ese par de instrumentos internacionales son hoy normas integrantes del constitucionalismo normativo de los Estados Unidos Mexicanos, tan Constitución como su parte mexicana.

¿Cómo argumentar en México los derechos de los pueblos indígenas en cuanto que derechos humanos? La respuesta está vista. No hacen falta filosofías ni doctrinas, antropologías ni cosmovisiones. Las necesarias ya se tienen en el Derecho positivo si no se le mutila. Lo que se precisa ahora en México es la interpretación constructiva del orden constitucional que la reforma integradora de derechos humanos está requiriendo con contribución indígena de un alcance

necesariamente reconstituyente. Y su puesta en práctica. Piénsese en las posibilidades que ya están abiertas con el reconocimiento del Convenio 169 como parte de la Constitución por parte de la Suprema Corte de Justicia.

De momento, pesa por desgracia la inercia. La respuesta al interrogante sobre *¿cómo argumentar en México los derechos de los pueblos indígenas en cuanto que derechos humanos?* tampoco es que produzca cambio, pero ofrece herramientas para acometerlo.

\* \* \*

El 11 de junio de 2011, al día siguiente de su publicación en el *Boletín Oficial de la Federación*, entró en vigor en México una reforma constitucional de tal alcance que en realidad supone todo un cambio de Constitución. A partir de entonces el ordenamiento constitucional de los Estados Unidos Mexicanos se compone del texto mexicano, de un buen número de textos internacionales y de la jurisprudencia tejida al uno y a los otros niveles, inclusive el interamericano, más el derecho de este alcance constitucional que en el futuro derive del ejercicio de la libre determinación por parte de los pueblos indígenas de ciudadanía mexicana.

El primero, el texto mexicano, declara que el nuevo constitucionalismo de derechos ha de desarrollarse «*bajo las condiciones que esta Constitución establece*», pero esto último resulta que a partir de ahora ya no significa sólo el texto cuyo título reza *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, sino que también integra todo dicho conjunto de referencias. En el mismo ejercicio del constituyente permanente mexicano ya participan, sin necesidad de que lo sepan, instancias internacionales. Habrá reformas de la Constitución sin participación de las entidades federativas. Bastará el acuerdo del Senado respecto a la ratificación de un tratado que interese a Derechos o incluso la adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas de una declaración vinculada a una convención ratificada por México.

Así en concreto resulta que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas también se comprende, como hemos visto, en el propio constitucionalismo normativo. De una forma distinta a la adoptada para proceder a un cambio de Constitución por la República del Ecuador y por el Estado Plurinacional de Bolivia como el culminado hace pocos años, en 2008 y 2009 respectivamente, México ha venido a dar el paso hacia un neoconstitucionalismo caracterizado por un verdadero pluralismo normativo capaz de integrar al propio nivel constitucional normas y prácticas incluso de otras culturas como las indígenas. Para no extenderme en esto, puedo remitir a un trabajo propio: *Estado plurinacional: Aproximación a un nuevo paradigma constitucional americano*, en Rafael Ro-

jas, Pablo Mijangos y Adriana Luna (dirs.), *De Cádiz al siglo XXI. Doscientos años de constitucionalismo en México e Hispanoamérica, 1812-2012*, Taurus-CIDE, 2012, págs. 421-453. México ha entrado de otra forma por esta vía.

Lo peculiar de México no sólo es la forma, mediante una masiva incorporación de derechos humanos en el orden constitucional, sino también el efecto o, más bien, la limitación del mismo. No puede decirse que el constitucionalismo profesional, el de fuente académica, no se haya dado por enterado, pues se ha puesto diligente a la labor de interpretar la reforma, pero su interpretación no se hace cargo del potencial del cambio hacia el neoconstitucionalismo plurinormativo o incluso interpone viejas categorías que lo neutralizan. Quienes han venido promocionando en México un neoconstitucionalismo de derechos y garantías no lo reconocen en toda su dimensión cuando se lo encuentran en casa. Por lo demás, la justicia y la política parecen dispuestas a transitar por el camino trazado por la doctrina constitucional casera.

Hay precedentes incluso en casa, quiero decir ahora en la mía. No me gustaría dar la impresión de andar con un doble rasero. La doctrina constitucional española ignoró en su momento, tras 1978, el potencial derogatorio de la Constitución propia para mantener la fuerza de las disposiciones normativas y las resoluciones judiciales lesivas para los derechos procedentes del gobierno de hecho que fue durante décadas la dictadura franquista, lo que se ha consolidado. La justicia y la política pudieron desentenderse. De esto me ocupo en un libro que espero publicar en breve. Lo propio, lo de la consolidación, podrá ocurrir en el caso mexicano si la ciudadanía mexicana no lo evita.

El desarrollo del nuevo constitucionalismo mexicano no va a producirse, según todos los visos, por impulso institucional, ni federal ni estatal. Desde que el constitucionalismo lo es de derechos en serio, hay, sin embargo, quienes, por ejercerlos a fondo, se hacen con capacidad de incidir en el orden constitucional. Me he referido a la apertura de horizonte para la contribución indígena, pero no es el único caso desde luego. Las posibilidades se abren para toda la ciudadanía mexicana.

## Apéndice

### CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (arts. 1 y 2)

#### Título I

#### Capítulo I

#### *De los Derechos Humanos y sus Garantías*

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Artículo 2.º La Nación Mexicana es única e indivisible.

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

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

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

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

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

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

II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, 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.

IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

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

VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la partici-

pación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

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

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

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

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

VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

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

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

*RESUMEN*

El 10 de junio de 2011 una reforma constitucional cambió el epígrafe del título primero de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora reza «De los derechos humanos y sus garantías». La Constitución mexicana nunca había utilizado el sintagma *derechos humanos* y, aún menos, para garantizarlos como derechos constitucionales. En virtud de la reforma, el derecho internacional de los derechos humanos se convierte en derecho constitucional mexicano. La Constitución se refiere a derechos registrados por tratados de derechos humanos ratificados por México, pero la Suprema Corte de Justicia de la Nación extiende la remisión a cualquier tratado que contempe derechos, como sea por ejemplo el caso del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Me pregunto si instrumentos internacionales que, aun no siendo tratados, contengan cláusulas en algún modo vinculantes no pudieran también entenderse comprendidos; por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

*PALABRAS CLAVE:* Constitución de México; derecho internacional de derechos humanos; derechos de los pueblos indígenas.

*ABSTRACT*

On 10 June 2011, a constitutional reform has renamed the first title of the Constitution of Mexico. Now it reads: «On human rights and their guarantees». The federal Mexican Constitution had never used the phrase *human rights* and, even less, to protect them by means of constitutional guarantees. Under the reform, international human rights law becomes constitutional law in Mexico. The Constitution refers to rights enshrined in human rights *treaties* to which Mexico is party. The Federal Supreme Court expands the reference to any treaty containing provisions on rights; by instance, the International Labour Organization Convention concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. The author wonders whether human rights instruments containing any kind of binding clauses are included, although not being treaties; by instance, the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

*KEY WORDS:* Constitution of Mexico; international human rights law; indigenous peoples' rights.