

# ARTÍCULOS DE FONDO

## CONSULTA CIUDADANA vs CONSULTA PREVIA A PUEBLOS INDÍGENAS: “MÁSCARA CONTRA CABELLERA” \*

JUAN CARLOS ABREU Y ABREU\*\*

*Uno tiene en las manos un pequeño país  
horribles fechas  
muertos como cuchillos exigentes,  
obispos venenosos,  
inmensos jóvenes de pie  
sin más edad que la esperanza,  
rebeldes panaderas con más poder  
que un lirio,  
sastres como la vida,  
páginas, novias, esporádico pan, hijos  
enfermos,  
abogados traidores,  
nietos de la sentencia y lo que fueron  
bodas desperdiciadas de impotente varón,  
madre, pupilas, puentes,  
rotas fotografías y programas.*

*Por qué escribimos, Roque Dalton, 1961*

### Resumen

El régimen del gobierno actual en nuestro país ofrece evidencia del conflicto entre la consulta popular y la consulta previa a pueblos indígenas, materializado en el proyecto del Tren Maya. La maquinaria

---

\* Fecha de recepción: mayo, 2019. Aceptado para su publicación: junio, 2019.

\*\* Presidente del Consejo Editorial de la *Revista Académica de la Universidad La Salle* (México).  
Correo electrónico: abreyabrejuancarlos@gmail.com

parlamentaria avanza con una serie de reformas que al parecer ponen en entredicho nuestro marco constitucional, pues la iniciativa por la que se pretende reformar y adicionar los Artículos 35, 36, 41, 73, 81, 83, 99, 116 y 122 de la Constitución Política, en materia de consulta popular y revocación de mandato, parece poner en riesgo el modelo democrático, pues no sólo desatiende la norma constitucional, sino incluso el bloque de constitucionalidad que entiende tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de derechos de pueblos indígenas, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

## **Abstract**

The current government regime in México offers evidence of the conflict between the popular consultation and the prior consultation of indigenous peoples materialized in the Tren Maya project. The parliamentary machinery is moving forward with a series of reforms that apparently call into question our constitutional framework, as the initiative that seeks to reform and add articles 35, 36, 41, 73, 81, 83, 99, 116 and 122 of The Constitution, in terms of popular consultation and revocation of mandate, seems to put at risk the democratic model, since it not only disregards the constitutional norm, but also the constitutionality block that understands both the international human rights instruments in the area of human rights. indigenous peoples, such as the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights.

## **Palabras clave:**

Consulta Popular, Consulta Previa A Pueblos Indígenas, Derechos Humanos, Derecho Constitucional, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Sistemas Normativos Indígenas, Interculturalismo Jurídico, Pluralismo Jurídico, Teoría Crítica del Derecho.

## **Keywords:**

Referendum, Prior Consultation With Indigenous Peoples, Human Rights, Constitutional Right, Inter-American Human Rights System, Indigenous Normative Systems, Legal Interculturalism, Legal Pluralism, Critical Legal Studies.

## I. Advertencia preliminar

En diversos foros hemos sostenido que —hoy más que nunca— adquiere cardinal relevancia incorporar el interculturalismo al análisis del fenómeno jurídico, con un férreo andamiaje metodológico y epistemológico, en aras de aplicar una perspectiva crítica del derecho, no sólo de nuestro país o incluso latinoamericano, sino de trascendencia continental o incluso del orbe.

Así pues, hemos sido consistentes con nuestros planteamientos, que a partir de un marco teórico antropológico, con una clara posición inspirada en la idea de que los derechos humanos deben cristalizar por vía de una justicia social descolonizadora —y en consecuencia, emancipadora— que reconozca el *pluralismo*.

Congruentes con la marcada línea de nuestro discurso, desfetichizador e iconoclasta frente a la doctrina convencional, utilizamos en el título de nuestra disertación, un término propio del argot de la lucha libre: “*máscara contra cabellera*”.

Tenemos un cuadrilátero, tres cuerdas, un enfrentamiento entre el bien y el mal, rudos contra técnicos, personajes enigmáticos, patadas, llaves, candados. Los luchadores se dan con todo. En el encuentro uno de ellos tiene máscara y el otro no, han jugado la apuesta máxima: la deshonor, si al término de la contienda pierde el de la máscara se la quitan —y todo el mundo conocerá su identidad secreta—, al que no tiene máscara lo rapan —y pues, andará pelón un rato—.

El régimen del gobierno actual en nuestro país ofrece evidencia del conflicto entre la consulta popular y la consulta previa a pueblos indígenas, materializado en el proyecto del *Tren Maya*. La maquinaria parlamentaria avanza con una serie de reformas que al parecer ponen en entredicho nuestro marco constitucional, pues la iniciativa por la que se pretende reformar y adicionar los Artículos 35, 36, 41, 73, 81, 83, 99, 116 y 122 de la Constitución Política, en materia de consulta popular y revocación de mandato, parece poner en riesgo el modelo democrático, pues no sólo desatiende la norma constitucional, sino incluso el bloque de constitucionalidad que entiende tanto los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia de derechos de pueblos indígenas, como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. He ahí nuestro cuadrilátero.

## II. La consulta popular en el contexto parlamentario mexicano

Tenemos noticia que la Cámara de Diputados aprobó en lo general y en lo particular, con la mayoría calificada, el dictamen que reforma y adiciona los *Artículos 35, 36, 41, 73, 81, 83, 99, 116 y 122 de la Constitución Política*, en materia de *consulta popular y revocación de mandato*.

El documento, avalado por 329 votos a favor, 153 en contra y 2 abstenciones, y enviado al Senado de la República para sus efectos constitucionales, establece el procedimiento de revocación de mandato del presidente de la República, gobernadores y jefe de gobierno de la Ciudad de México.

El dictamen estipula que no serán temas de consulta popular: i) la restricción de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México sea parte, ni las garantías para su protección; ii) las bases y las tasas impositivas, los montos del financiamiento público; y iii) el Presupuesto de Egresos de la Federación.

Subraya que las consultas populares pueden ser convocadas por el Congreso de la Unión a petición del uno por ciento (1%) de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, y no el dos por ciento (2%) como en la actualidad se encuentra establecido. Asimismo, disminuye de 40 a 34 por ciento el requisito de participación del total de la lista nominal.

La revocación del mandato del presidente de la República se sujetará a lo siguiente: será convocada por el Congreso de la Unión a petición del presidente de la República y el equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, asimismo, por ciudadanas y ciudadanos en un número equivalente, al menos, al tres por ciento (3%) de los inscritos en la lista nominal de electores, en los términos que determine la ley. Con excepción de esta última hipótesis, la solicitud deberá ser aprobada por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión.

Este proceso se solicitará durante el primer periodo ordinario del segundo año de la Legislatura; la votación se realizará el mismo día de la jornada electoral federal en la que únicamente se elijan a diputados federales. La revocación de mandato será vinculante por mayoría absoluta de los votos depositados en las urnas, siempre que concurra a votar al menos el 40% de los inscritos en la lista nominal de electores.

Estas reformas fortalecen la figura de consulta popular e integra la revocación de mandato para permitir la destitución de aquellos servidores públicos que hayan incumplido con sus obligaciones frente a la sociedad.

Se perfeccionó la puesta en marcha de la consulta popular para distintos temas gubernamentales en las que se considere prudente realizar procesos que requieran o exijan la participación ciudadana, sobre todo en aquellos que serán impactados por las decisiones del poder público del Estado.

En el caso de la consulta popular no se busca sustituir a la democracia representativa ni el mandato que tienen los poderes constituidos del Estado, tanto de manera directa como indirecta, porque se considera a este tipo de modelos participativos como un factor incisivo que fortalece a las decisiones públicas.

La revocación de mandato es el procedimiento mediante el cual los ciudadanos pueden destituir, por medio de votación, a un funcionario público antes de que expire el periodo para el cual fue electo, y abre la posibilidad a la ciudadanía para que una vez satisfechos los requisitos correspondientes, someta a consulta del cuerpo electoral la remoción de un funcionario antes de que venza el plazo para el que fue designado.

Se mandata a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para que, al resolver sobre la constitucionalidad de la materia de consulta, interpretara las disposiciones constitucionales conforme a lo que resulte más favorable al derecho ciudadano.

La Constitución establece que, a petición de un número de ciudadanos del dos por ciento (2%) de los inscritos en la lista nominal de electores (alrededor de un millón 800 mil firmas), se realice una consulta, lo que resulta sumamente complicado. Ahora dispone que se solicite con el uno por ciento (1%), con la finalidad de hacerlo más viable. Establece la posibilidad de aceptar propuestas para que las consultas populares se lleven a cabo en las fechas que así marquen las convocatorias y flexibiliza su realización.

De igual modo, fortalece el ámbito de derechos a la participación política, pues ahora se podrá votar en los procesos revocatorios el mandato del presidente de la República. Estos serán convocados por el Congreso de la Unión, a petición del propio presidente de la República, o por el equivalente al 33% de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión. Ambos supuestos deberán ser aprobados por la mayoría de cada Cámara del Congreso de la Unión.

También serán solicitados por ciudadanos y ciudadanas en un número equivalente al menos al 3% de los inscritos en la lista nominal de

electores, en los términos que determine la ley y la votación se realizará el mismo día de la jornada electoral federal en la que sólo se elijan diputados federales.

Este modelo considera que la revocación del mandato será vinculante, siempre y cuando se dé por mayoría absoluta de los votos depositados en las urnas y hayan ocurrido a votar al menos el 40% de los inscritos en la lista nominal de electores. Establece que cuando sea determinada la revocación por el Instituto Nacional Electoral, el presidente de la República tiene el derecho a impugnar dicha declaratoria en un plazo de 30 días naturales ante la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Si no procede o no impugna, éste cesará en sus funciones en un plazo improrrogable de 60 días.

Se faculta al Instituto Nacional Electoral para que, en el ámbito de sus atribuciones, participe en los procesos de consulta popular y de revocación de mandato a través de convenios, en la medida de que dichas entidades federativas así se lo soliciten. Se faculta al Congreso Federal para que legisle en esta materia de consulta revocatoria y popular.

Para el caso local señala que las constituciones estatales podrán establecer que se realice el proceso de revocación del mandato del gobernador o gobernadora del estado, o de la Ciudad de México, el cual es de carácter democrático y tiene por objeto que la ciudadanía decida sobre la permanencia del mandatario en su encargo.

Este proceso se llevará a cabo durante el tercer año del periodo para el cual fue elegido. Durante el lapso constitucional de gobierno sólo podrá realizarse un proceso de revocación de mandato, y la legislación electoral local establecerá los procedimientos de conformidad con la Constitución federal.

La iniciativa de revocación de mandato propuesta por el presidente Andrés Manuel López Obrador, aprobada en Cámara de Diputados y turnada a la Senadores, tiene oposición por lo que su aprobación será complicada, en la medida en que no hay consenso en la Cámara Alta.

### III. Las consultas ciudadanas, la experiencia mexicana

Durante la campaña presidencial, una de las principales banderas de Andrés Manuel López Obrador fue la promesa de incluir a la ciudadanía en la toma de decisiones por medio de consultas. Dentro de los primeros 100 días de su mandato desarrolló la primera, que implicó la cancelación de la construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México.

Mientras fue Jefe de Gobierno del Distrito Federal, el propio López Obrador convocó cinco consultas ciudadanas, que versaron sobre la aplicación del horario de verano, el costo del Metro, la construcción del segundo piso del Periférico y Viaducto, y la revocación de mandato. Salvo en el caso del horario de verano —la gente votó en contra de su aplicación, el Gobierno del DF emitió un decreto, pero quedó sin efecto debido a que la SCJN lo consideró inconstitucional—, los resultados de las consultas coincidieron con sus planes de gobierno: la gente votó por el incremento del precio del Metro y éste se aplicó, estuvieron de acuerdo con las obras viales y éstas se realizaron, aprobaron su mandato y él permaneció en el poder. Sin embargo, la participación ciudadana en ninguna de las cinco consultas superó el 10% del padrón electoral de la Ciudad de México. La más concurrida fue la que hizo en diciembre de 2002: se trató de una consulta telefónica en la que se le preguntó a los capitalinos si estaban de acuerdo con que el Jefe de Gobierno permaneciera en su cargo. El 95.5% de los encuestados (619 ciudadanos) respondieron que sí.

Al término de la *Consulta Nacional Programas Prioritarios* convocada por el presidente Andrés Manuel López Obrador, con el 94% de las casillas contabilizadas, se confirmó que acudieron a votar 946 mil 81 habitantes en todo el país (26 de noviembre de 2018), se dieron los resultados por cada una de las preguntas que se pusieron a consideración de los ciudadanos: i) La construcción del Tren Maya en el sur del país obtuvo 88.9% de votos a favor y 6.6% en contra. El porcentaje de boletas anuladas fue de 3.6%; ii) El desarrollo del Istmo a través de modernización de dos puertos y de un tren que comunicará los océanos Pacífico y Atlántico obtuvo la aprobación de 90.3% de los votantes; 5.8% optaron por el “no”, y 3.9% de los votos fue anulado; iii) La construcción de una refinería en Dos Bocas, Tabasco, logró la aprobación de 91.6% de ciudadanos, mientras que 4.6 votó en contra y hubo 3.8% de anulaciones; iv) La siembra de árboles frutales y maderables a través del programa Sembrando Vida obtuvo aprobación del 94.7% y 1.7% de las personas votó por el “no”, teniendo en este rubro 3.6% de votos anulados; v) Aumentar al doble la pensión a personas adultas

mayores obtuvo el respaldo de 93.3% y 3.2% votaron en contra, mientras que 3.5% de votos quedaron anulados; vi) El programa Jóvenes Construyendo el Futuro que contratará como aprendices a jóvenes para ofrecer oportunidades laborales, obtuvo 91% de votos por el “sí”, 5.2% por el “no” y 3.7% de anulaciones; v) Becar a estudiantes de instituciones públicas que cursan nivel medio superior logró el 90.1% de respaldo ciudadano, mientras el “no” llegó a 6 puntos porcentuales, teniendo aquí 3.7% de votos anulados; vi) Por otro lado, 92.9% de los ciudadanos aprobaron el programa de Apoyo económico a personas con discapacidad; 3.4% votaron en contra y 3.7 de votos fue anulado; vii) Gratuidad en medicinas y atención médica para habitantes en situación de pobreza obtuvo 95.1% de votos a favor, 1.6% en contra y 3.3% de votos anulados; y la Cobertura gratuita de internet que el gobierno llevará a nivel nacional en carreteras, centros de salud, escuelas y plazas públicas obtuvo 91.6% de aprobación, 4.4% de votos en contra y 3.9% de votos anulados. La consulta tuvo un costo de 2 millones 400 mil pesos que sufragaron algunos senadores. Se imprimieron 2 millones de boletas.

Derivado de los avasalladores resultados, el vocero del gobierno hizo una penosa referencia: *La consulta a los pueblos indígenas se va a llevar a cabo. Es un proceso, pero no hay un protocolo. Llevamos ya 16 años de la reforma constitucional de derechos indígenas y actualmente no existe un protocolo para el ejercicio de este derecho que ha sido negado en las últimas administraciones; nunca se les ha consultado de acuerdo con los estándares, salvo en la Constituyente en la Ciudad de México.*

Agregó que el gobierno federal *está dialogando ya con las comunidades para que de acuerdo con lo que debe ser una consulta previa, libre e informada, y de acuerdo con las formas en que las comunidades deciden, se lleve a cabo. Es un diálogo que inició hace unos meses y se mantiene el contacto con las comunidades que va a atravesar el Tren Maya, finalizó.*

#### **IV. El derecho fundamental de la consulta previa, naturaleza y fundamento jurídico,**

Para controvertir tan peregrinas expresiones —y abordar con seriedad crítica el problema al que nos entregamos—, en primer término, asumimos la consulta previa en su calidad de derecho fundamental —de carácter colectivo—, que tienen los pueblos y comunidades indígenas, así como otras minorías étnicas —incluso los pueblos afrodescendientes tribales—,



para poder participar y decidir, de acuerdo con sus sistemas normativos (usos y costumbres), cada vez que se pretendan tomar decisiones externas que afecten directamente sus formas tradicionales de vida en sus diversos aspectos —territorial, ambiental, cultural, espiritual, social, económico, de salud, así como de aquellos otros que incidan directamente en su estructura étnica—, con el propósito de salvaguardar su integridad como sujeto colectivo y garantizar su derecho a la participación democrática en el Estado.

Es un derecho fundamental porque: a) permite el desarrollo integral de la vida colectiva y b) porque a partir de él pueden hacerse efectivos otros tantos derechos de los pueblos indígenas. Es un derecho colectivo que posibilita la existencia como grupo, en tanto que el sujeto titular no es un individuo, sino el pueblo o comunidad como tal.

La consulta previa se funda en el derecho que tienen los pueblos de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan —de alguna manera—, y de planear y programar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

El derecho a la consulta previa descansa en un derecho matriz de los pueblos y comunidades indígenas: *el derecho a la libre determinación*, que se encuentra tutelado en nuestro Artículo 2º constitucional, en diversos tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y en la jurisprudencia doméstica, interamericana y universal.

El derecho a la libre determinación permite, entre otras cosas, que pueblos y comunidades indígenas puedan establecer sus propios sistemas de organización, sus autoridades, instituciones políticas, sistemas de administración de justicia, planes de desarrollo, conservar sus lenguas, tradiciones, culturas y formas tradicionales de vida. Es un derecho matriz porque gracias a él, pueden tener lugar los distintos derechos que aseguran la existencia de los pueblos y comunidades indígenas

La *libre determinación*, emerge como una exigencia universal para poner fin al modelo histórico de imposición de decisiones políticas, por los Estados *asimilacionistas*, sobre los pueblos originarios, en cuya “barbarie” justifican su “misión” civilizatoria.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> La consulta previa *deriva del derecho primordial a la libre determinación de los pueblos indígenas y de los principios conexos de democracia y soberanía popular... El derecho a la libre determinación es un derecho fundamental, sin el cual no pueden ejercerse plenamente los derechos humanos de los pueblos indígenas, tanto los colectivos como los individuales. Los principios conexos de soberanía popular y democracia se oponen ambos al gobierno por imposición y respaldan el imperativo del gobierno por consentimiento. En consonancia con esos principios, el deber de los Estados de celebrar*

La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia SU-039/1997 ha reconocido el carácter de derecho fundamental de la consulta señalando:

El carácter de derecho fundamental que tiene esta actuación deviene de que a través suyo se actúan y protegen elementos básicos de las minorías étnicas dentro de un Estado pluralista, como pueden ser la propiedad, la participación en las decisiones estatales y el respeto de su cosmovisión al momento de determinar políticas públicas o tomar decisiones administrativas.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) reconoce, en su Artículo 2º, apartado B, fracción IX, como obligación de los tres niveles de gobierno: *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.* Como se advierte, la consulta se limita única y exclusivamente a la elaboración del plan de desarrollo, ya sea nacional, estatal y en su caso, municipal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha pronunciado en el sentido de reconocer esta limitación de orden procedimental del derecho fundamental a la consulta previa. En el emblemático amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia), nuestro máximo tribunal señaló: *Si bien este derecho a la consulta no se encuentra desarrollado ampliamente en la norma constitucional, es en el ámbito internacional, específicamente en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo..., en donde encontramos dimensiones más amplias, las cuales deben ser tomadas en consideración por todas las autoridades, y en específico, por la responsable, dada su obligatoriedad como ya quedó especificado en considerandos previos.*

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, prevé diversas disposiciones tendientes a promover la participación de los pueblos y comunidades indígenas. En su Artículo 1º, fracción VII, instituye la participación corresponsable de las personas en forma individual y colectiva, en la preservación y restauración del equilibrio ecológico y la protección al ambiente. El Artículo 15, fracción XIII, consigna la necesidad de garantizar el derecho de las comunidades indígenas a la protección,

---

*consultas con los pueblos indígenas en los procesos de decisiones que los afecten tiene por objeto poner fin al modelo histórico de exclusión del proceso de adopción de decisiones con el objeto de que en el futuro las decisiones importantes no se impongan a los pueblos indígenas y que estos puedan prosperar como comunidades distintas en las tierras en que, por su cultura, están arraigados. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas, 15 de julio de 2009.*

preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la salvaguarda y uso de la biodiversidad. En el Artículo 28, fracción XIII, respecto de obras o actividades que correspondan a la competencia federal que puedan causar desequilibrios ecológicos a los ecosistemas, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT) notificará a los interesados (la comunidad indígena) su determinación para que sometan al procedimiento de evaluación de impacto ambiental, la obra o actividad que corresponda, explicando las razones que lo justifiquen. En el Artículo 47 se establece la participación de las comunidades indígenas en el establecimiento, administración y manejo de áreas naturales protegidas. El Artículo 58 dispone que en los estudios que justifiquen la declaración de áreas naturales protegidas, SEMARNAT deberá solicitar la opinión de los pueblos indígenas, entre otros sectores. El Artículo 79 prevé la participación de los pueblos indígenas en la preservación y aprovechamiento sustentable de la flora y fauna.

El *Reglamento de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente*, en Materia de Evaluación del Impacto Ambiental no prevé expresa referencia a los pueblos y comunidades indígenas. Sin tener alcances de consulta previa, en el sentido y alcance de este derecho, se prevé, no obstante, un procedimiento de consulta para la realización de evaluaciones de impacto ambiental. Sin embargo, este proceso de consulta solamente tiene lugar a petición de parte y no como una obligación de la autoridad (Artículo 40).

En el plano del derecho interno, disponemos a nivel local de diversos ordenamientos en materia de consulta: i) *Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí*; ii) *Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche*; iii) *Ley General de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Durango*; iv) *Ley de Derechos y Cultura de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Querétaro*; v) *Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Chiapas*; vi) *Reglamento de la Ley de Derechos, Cultura y Desarrollo de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Puebla*; vii) *Ley de Fomento y Desarrollo de los Derechos y Cultura de las Comunidades Indígenas del Estado de Morelos*; viii) *Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Nayarit*; la ix) *Ley Reglamentaria del Artículo 9 de la Constitución Política del Estado de San Luis Potosí, sobre los Derechos y la Cultura Indígena*; x) *Ley de Derechos y Culturas Indígenas para el Estado de Veracruz*; y xi) *Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca*, por mencionar algunas.

En la normativa internacional, son diversos los tratados, firmados y ratificados que de acuerdo con el Artículo 133 constitucional —que, en términos del principio *pacta sunt servanda* son obligatorios—, forman parte

del orden jurídico nacional y conforme a la contradicción de tesis 293/2011, pues los tratados en materia de derechos humanos, adquieren un carácter de norma constitucional, en armonía con la reforma constitucional (10 de junio de 2011) en la que se prevé la interpretación más favorable hacia la persona humana, sin importar el origen —interno o externo— de la disposición normativa de que se trate.

Los instrumentos internacionales en los que se prevé la consulta previa, son: *i*) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Artículos 6, párrafos 1 y 2; 15, párrafo 2; 17, párrafo 2; 22, párrafo 3; 27 párrafo 3; y 28);<sup>2</sup> *ii*) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Artículos 9 y 19 —consulta previa—, así como Artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38 —consentimiento previo, libre e informado—); *iii*) Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas; *iv*) Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos,<sup>3</sup> (Artículo 27, vinculado con la Observación General No 23 sobre derechos de las minorías del Comité de Derechos Humanos;<sup>4</sup> *v*) Convenio sobre la Diversidad Biológica de Naciones Unidas,<sup>5</sup> (Artículo 8, inciso j); *vi*) el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe (Artículo 1°);<sup>6</sup> y *vii*) Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (capítulo VI, inciso d).

El Convenio 169 de la OIT reviste especial importancia pues encontramos el fundamento genérico del deber de consulta, claramente expresado en el inciso a), numeral 1, del Artículo 6°, que prevé: *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.*

---

<sup>2</sup> Aprobado por el senado el 11 de julio de 1990, publicado en el *DOF* el 24 de enero de 1991 (promulgación). Vinculante para México a partir del 5 de septiembre de 1991.

<sup>3</sup> Aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980, publicado en el *DOF* el 20 de mayo de 1981 (promulgación). Vinculante para México a partir del 23 de junio de 1981.

<sup>4</sup> *Observación General No. 23, Derecho de las minorías* (Artículo 27). Adoptada en el 50º periodo de sesiones (1994). *Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*. Vol. I. Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos. pp. 249.

<sup>5</sup> Firmado por México el 13 de junio de 1992, aprobado por el Senado el 3 de diciembre de 1992, publicado en el *DOF* el 13 de enero de 1993 (promulgación). Vinculante para México a partir del 29 de diciembre de 1991.

<sup>6</sup> Firmado por México el 24 de julio de 1992, aprobado por el Senado el 20 de mayo de 1993, publicado en el *DOF* el 25 de octubre de 1993 (Promulgación). Vinculante para México a partir del 4 de agosto de 1993.

La SCJN obsequió plena obligatoriedad a este instrumento, en el amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia), previendo que, junto con el Artículo 2° constitucional:

poseen plena fuerza vinculante al haberse adoptado en la normativa de nuestro país, lo que implica que permeé en todos los ámbitos del sistema jurídico, para crear un enfoque que al analizar el sistema de normas en su totalidad, cumpla con su objetivo, que no es otro que el ejercicio real de sus derechos y la expresión de su identidad individual y colectiva, para superar la desigualdad de oportunidades que tradicionalmente les ha afectado, lo cual se conoce como principio de transversalidad de tal forma que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es de observación obligatoria.

Aunado a lo anterior, ante el *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas*, con motivo de su segunda evaluación ante el *Mecanismo de Examen Periódico Universal*, México aceptó las siguientes recomendaciones: *i)* 148.156 “garantizar que se celebren consultas plenas y efectivas con los pueblos indígenas sobre las políticas y proyectos económicos y de desarrollo que les afecten” (Finlandia); *ii)* 148.168 “seguir colaborando con la Comisión para el Dialogo con los Pueblos Indígenas con objeto de asegurar el respeto de sus derechos humanos, la libre determinación y la autonomía” (Bolivia); *iii)* 148.169 “alentar una mayor participación de los pueblos indígenas mediante la formulación de una ley que regule el derecho de la consulta previa” (Perú); *iv)* 148.171 “garantizar que se celebren consultas previas con las comunidades indígenas, de conformidad con el Convenio No. 169 de la OIT” (Noruega); y *v)* 148.172 “reconocer a los afrodescendientes como un grupo étnico y promover sus derechos” (Djibouti).

Para robustecer el escenario normativo, recurrimos a la jurisprudencia internacional como un mero criterio de interpretación:

*I. Canadá: a) Haida Nation first Nation vs British Columbia (Minister of Forest) 2004, SCC73; y b) Taku River Tlingit first Nation vs British Columbia (Project Assessment Director) 2004, SCC74.*

*II. Colombia: a) Sentencia T-428/1992 (caso Troncal del Café); b) SU039/1997 (caso Bloque Samoré); c) T-652/1998 (caso Urrá); d) C-169/2001, (circunscripción electoral de comunidades negras); e) C-891/2002 (consulta del Código de Minas); f) SU-383/2003 (consulta en el caso de fumigaciones de cultivos ilícitos); g) T-880/2006 (proyecto de perforación exploratoria Álamo 1 ECOPEPETROL); h) C-030/2008 (inexequibilidad de la Ley 1021 de 2006); e, i) C-175/2009 y C-702/20 10 (inexequibilidad de tratados internacionales y reformas constitucionales, respectivamente).*

III. Argentina: a) CODECI de la provincia de Rio Negro s/Acción de Amparo de 2005 y b) Comunidad Mapuche Catalán; y c) Confederación Indígena Neuquina el Provincia del Neuquén s/acción de inconstitucionalidad del 25 de octubre de 2010.

Y IV. Bolivia: sentencia 0045/2006, de 2 de junio de 2006.

Destacamos de nuestro Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF): i) SUP-JDC-11/2007 (Tanetze de Zaragoza); ii) SUP-JDC 9167/2011 (Cherán); iii) SUP-JDC 1740/2012 (Acatlán, Guerrero); y iv) SUP-JDC 1011/2013 (Roberto Garay y otros vs Tribunal Estatal Electoral del Poder Judicial de Oaxaca); entre otros.

De la SCJN son emblemáticos: i) el amparo en revisión 7811/2011 (barrancas del cobre); ii) el amparo en revisión 631/2012 (acueducto independencia); y iii) la controversia constitucional 32/2012 en el que declaró la invalidez de la reforma a la Constitución local del Estado de Michoacán de Ocampo, por omitir la realización de una consulta obligada.

Mención aparte merece el tópico de la jurisprudencia interamericana en la que también encontramos fundamento jurídico. A partir de la *contradicción de tesis 293/2011* la SCJN ha dejado en claro, la plena obligatoriedad de los criterios jurisprudenciales vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) en sus sentencias, independientemente de que en las mismas haya o no participado el estado mexicano. En su tesis de jurisprudencia P./J. 21/2014, con rubro “Jurisprudencia emitida por la Corte interamericana de Derechos Humanos. Es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”, se indica:

Los criterios jurisprudencia/es de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el Artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.

Las sentencias de la CoIDH a las que debe prestarse especial atención son las siguientes: i) Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001; ii) Comunidad Moiwana vs Surinam, sentencia de 15 de junio de 2005; iii) Comunidad Yakye Axa vs Paraguay sentencia de 17 de junio de 2005; iv) Yatama vs Nica-



ragua, sentencia de 23 de junio de 2005; v) Comunidad indígena Sawhoyamax a vs Paraguay sentencia de 29 de marzo de 2006; vi) Saramaka vs Surinam, sentencia de 12 de agosto de 2008; vii) Comunidad indígena Xákmok Kásek vs Paraguay , sentencia de 24 de agosto de 2010; y viii) Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador, sentencia de 27 de junio de 2012.

## V. Implicaciones de la consulta previa, en tanto derecho humano

La consulta previa tiene un doble carácter: a) es un derecho fundamental y b) constituye un instrumento (procedimiento) de *autonomía* para los grupos étnicos.

En el mismo sentido, el TEPJF ha reconocido el carácter de derecho humano que reviste a la consulta previa, en el caso SUP-JDC 1740/2012 (caso Acatlán) señaló: *El derecho a la consulta se trata de un derecho humano colectivo de los pueblos indígenas vinculado con la libre determinación, por lo que constituye un instrumento central para garantizar la realización de un amplio conjunto de derechos reconocidos tanto por el derecho nacional como por el internacional.*

Asumimos el carácter de derecho humano que reviste a la consulta previa, le asisten por lo tanto todas las repercusiones que la naturaleza de derecho humano confiere. Entre ellas, el principio maximizador de interpretación *pro persona*.

En concordancia, en el emblemático caso Cherán (TEPJF SUP-JDC 9167/2011) el propio TEPJF señaló lo siguiente: *Asimismo, su configuración como derecho fundamental implica que todas las autoridades (jurisdiccionales o no) se encuentran obligadas a: 1. promover, respetar, proteger y garantizar ese derecho; 2. interpretar las normas que conforman el marco jurídico que lo rige con un criterio extensivo y 3. aplicarlas acorde con los principios de universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad, en término del Artículo 1° constitucional.*

En nuestro país —y en la mayoría de los que se asumen como multiculturales— el reconocimiento y la salvaguarda de la identidad cultural diferenciada, cobra carácter de principio fundamental de orden constitucional. El Artículo 2° de la CPEUM reconoce que la nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas.

El enunciado no sólo posee un carácter descriptivo, sino que además incluye un derecho fundamental que es el de la identidad cultural, luego entonces, preservando el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se preserva concomitantemente la composición pluricultural de la “nación mexicana”; en concordancia, la SCJN ha reconocido a los pueblos indígenas como “sustento original de la Nación Mexicana” —Amparo en revisión 7811/2011 (barrancas del cobre)—.

La preservación del derecho fundamental —de orden colectivo— a la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y consecuentemente, la composición pluricultural de la nación, se garantiza a través de la consulta previa —entre otros mecanismos—, por lo que deviene así en un derecho fundamental.

La consulta previa tiene como objetivo la protección de los grupos étnicos para que, a través de ella, estén en posibilidad de incidir en las decisiones administrativas o legislativas que puedan afectarles directamente. De este modo, la consulta previa ofrece la oportunidad para que las comunidades conozcan los proyectos, puedan manifestar sus apreciaciones y considerar de manera argumentada, su conveniencia o inconveniencia. Además, permite consolidar las propuestas de desarrollo de los pueblos indígenas, pues —en el fondo—, de no respetarse la consulta previa, lo que casi siempre está en juego, es su autonomía, su vida en comunidad, su territorio y su cultura.

Lo anterior no supone —como tantas veces se ha escuchado—, que los pueblos y comunidades indígenas son retardatarios y sus modos de vida se oponen al “desarrollo”. Todo lo contrario, implica que mediante la consulta previa se respeta su derecho a decidir sobre su propia visión de desarrollo y proyecto de vida comunitario, en este sentido, lo que fundamentalmente se busca es evitar que una determinada noción de desarrollo sea impuesta, sin más, a los pueblos indígenas. Tampoco supone la oposición al desarrollo e interés nacional, sino que, en caso de llevarse a cabo las medidas administrativas, legislativas o de otra índole, se les conceda a los grupos étnicos la posibilidad de incidir para reducir sus efectos negativos, así como la participación proporcional en los beneficios obtenidos para destinarlos a las prioridades de su desarrollo.

La consulta previa constituye un instrumento real de autonomía para los grupos étnicos, pues a través de ella, los pueblos y comunidades pueden exigir el respeto hacia sus propias instituciones culturales.

En virtud de lo anterior, la consulta pasa a ser un instrumento idóneo para garantizar: *i)* la preservación de la diversidad cultural; *ii)* la reproducción del grupo como entidad diferenciable caracterizada por la vida grupal; *iii)* la conservación de los recursos naturales; *iv)* la preservación de las



formas tradicionales de vida, con sus saberes y riquezas; v) la integridad territorial; la propia visión de desarrollo indígena (no la economía de mercado); vi) los planes de vida; y vii) la supervivencia de los grupos étnicos como tales.

Los grupos étnicos requieren garantía del derecho colectivo a la participación del pueblo o comunidad como tal (como sujeto colectivo de derecho), que asegure su derecho a la protección integral de su identidad cultural diferenciada y que, además, permita hacerlo efectivo de acuerdo con sus reglas y procedimientos tradicionales. El instrumento o mecanismo para garantizar el derecho a la participación efectiva resulta ser la consulta previa.

Las decisiones del Estado deben adoptarse mediante un proceso democrático en que los intereses públicos estén debidamente representados. Los procedimientos para notificar al público en general y recibir sus observaciones refuerzan a menudo en forma apropiada los procesos democráticos representativos de adopción de decisiones del Estado. No obstante, cuando las decisiones del Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas, se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, procedimientos especiales que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados en la esfera política. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado de las características distintivas de los pueblos indígenas y de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas.

Luego entonces, la consulta previa resulta ser, además, el vehículo por el que pueblos y comunidades indígenas pueden hacer efectivo su derecho a la participación, estableciendo líneas de trabajo y de articulación con el Estado en todos sus niveles (federal, estatal y municipal), para asegurar que sus derechos e intereses sean respetados.

La consulta previa permite que el gobierno (representante legal del Estado) y los diversos grupos étnicos puedan entablar un diálogo en el que se presenten las mejores opciones para ambos actores, que redunden en beneficios recíprocos, minimizando los efectos negativos y evitando conflictos que, de otro modo, seguramente se presentarían a temprano, medio o largo plazo.

El ejercicio del derecho fundamental transversal de la consulta previa, permite hacer efectivos otros tantos: *i)* la participación democrática, *ii)* el derecho al territorio, *iii)* el derecho a la información y libre expresión, *iv)* la libertad de circulación, *v)* la libertad religiosa, *vi)* el derecho colectivo a la existencia como pueblos, *vii)* el derecho a la identidad cultural, y *viii)* el derecho matriz de la libre determinación.

## **VI. La consulta previa respecto de medidas administrativas y legislativas**

No obstante, lo antes expuesto, la consulta previa se aplica únicamente en aquellos casos que afectan directamente los intereses o condiciones específicas de los pueblos o comunidades como tales; ningún área de aplicación queda exenta, luego entonces, procede en materia económica, social, política, cultural, educativa, laboral, de salud, justicia, seguridad. Sin embargo, el Convenio 169 de la OIT prevé que el deber de consulta procede, siempre que vayan a tomarse medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos y comunidades.

Tenemos por medidas administrativas: *i)* la adopción de decisiones respecto de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas; *ii)* el otorgamiento de licencias ambientales para obras o proyectos —los pueblos y las comunidades deberán ser parte en los estudios de impacto ambiental—; *iii)* en la realización de obras de exploración, explotación o inversión en territorios indígenas, tanto de recursos renovables como no renovables; *iv)* en la determinación de áreas naturales protegidas; *v)* en la elaboración de los planes de desarrollo (nacional, estatal y municipales) que pueden contener programas, proyectos y presupuestos que repercutan de manera directa y específica en los pueblos indígenas; *vi)* en la erradicación de cultivos ilícitos en las regiones indígenas; *vii)* en el desarrollo y la aplicación tanto de los contenidos como de los servicios educativos que se presten a los pueblos indígenas; *viii)* en el desarrollo procesos de investigación científica que afecten el conocimiento tradicional (biológico, médico, farmacológico, genético, ecológico); y *ix)* en el desarrollo de investigaciones que afecten la cultura y los valores tradicionales (ritualísticos, ceremoniales, simbólicos, arqueológicos, éticos, estéticos, jurídicos, políticos, económicos, sociales, electorales).

Tratándose de medidas legislativas, debe consultarse a las comunidades cuando les afecten directamente —de forma positiva o negativa—,

para ello es necesario: a) poner en conocimiento de las comunidades la norma propuesta por intermedio de instancias suficientemente representativas y b) brindarles amplia información sobre su alcance y sobre la manera en cómo podría afectarlas. En todo caso, deberá de dárseles oportunidades efectivas para que se pronuncien y puedan incidir en el contenido normativo.

Las medidas legislativas no se limitan a las leyes en su sentido formal y común, sino que se incluye: i) acuerdos parlamentarios, ii) decretos legislativos, iii) proposiciones con puntos de acuerdo, y iv) actos legislativos—derivados de la labor parlamentaria— con incidencia en los procesos de modificación legislativa y constitucional.

En México, de acuerdo con el Artículo 27 constitucional el petróleo y otros recursos naturales y minerales corresponden a la nación, no a los pueblos indígenas. No obstante, ello no es justificación para omitir la consulta.

El Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT reza:

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

## **VII. La noción de afectación directa respecto de un pueblo o comunidad indígena**

Una afectación directa, altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. Así pues, la afectación directa incide intrínseca-

mente a la identidad étnica del grupo minoritario y que afecta —positiva o negativamente—: su lengua, forma de organización política, economía, cosmovisión, religión.

En la sentencia C-208/2007 la Corte Constitucional Colombiana (CCC) condicionó la validez del estatuto de profesionalización docente —una suerte de sistema que regula el acceso, promoción y permanencia de los docentes en el sistema educativo— a la realización del proceso de consulta con las comunidades indígenas en toda situación administrativa relacionada con la vinculación, administración y formación de los docentes ubicados en territorios indígenas que atiendan a población indígena. La Corte Constitucional arribó a esta conclusión tras constatar que el decreto que expedía tal disposición incurrió en una omisión legislativa, consistente en haberse abstenido de regular lo relacionado con la vinculación, administración y formación de docentes y directivos docentes para los grupos indígenas, pues desconoció los derechos fundamentales de las comunidades indígenas al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural y a ser destinatarios de un régimen educativo especial, ajustado a los requerimientos y características de los distintos grupos étnicos que habitan el territorio nacional y que, por tanto, responda a sus diferentes manifestaciones de cultura y formas de vida. En suma, desconoció el derecho de los grupos indígenas a que los programas y los servicios de educación se les destinan, se desarrollen con su participación y cooperación, pues

a pesar de que el Estatuto de Profesionalización Docente extiende su aplicación a todo el sistema educativo estatal, el mismo guarda absoluto silencio sobre la forma como debe prestarse dicho servicio en los establecimientos educativos estatales ubicados en territorios indígenas que atienden población indígena. En otras palabras, el ordenamiento acusado no contiene una regulación especial, ni siquiera en sus aspectos más básicos, sobre la forma de vinculación al servicio educativo estatal de los docentes y directivos docentes indígenas. Conforme con ello, debe entenderse que, para todos los efectos, lo referente al ingreso, ascenso y retiro de los docentes y directivos docentes de las comunidades nativas, quedó sometido a las reglas y condiciones establecidas para la educación dominante o tradicional, sin que tales comunidades hubieran sido consultadas previamente y sin que ello sea posible en el escenario del derecho a la identidad educativa y cultural, por no resultar compatible tal ordenamiento con las distintas manifestaciones de cultura que identifican a los diversos grupos étnicos asentados en el territorio nacional.

El deber de consultar resulta ser independiente de que la disposición confiera efectos positivos o negativos para el pueblo o la comunidad. Esto es, aún en aquellos casos en donde la medida legislativa instituyera un derecho o beneficio en favor del colectivo, debe de surtirse el requisito de la

consulta anterior encuentra sustento en que, en un Estado constitucional y democrático de derecho con base pluralista, no pueden seguir tomándose las decisiones de lo “correcto” o “incorrecto” para un sector de la población sin antes contar con su participación. Mantener lo contrario, implicaría dar continuidad a un modelo de *integración* que no respeta el derecho de los pueblos a definir su propio proyecto de vida.

De manera concluyente, hay presunción de afectación directa y profunda hacia los pueblos y comunidades indígenas en las siguientes medidas legislativas: *i)* las referentes a la exploración y explotación de recursos naturales, inclusive petrolíferos, en territorios ancestrales indígenas; *ii)* la expedición de una regulación en el ámbito de las materias previstas en el Convenio 169 de la OIT; *iii)* la expedición de regulaciones con contenido material sobre pueblos indígenas; y *iv)* la implementación de medidas que tiene una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos.

## **VIII. Condiciones para la realización de la consulta previa**

El Convenio 169 de la OIT no establece reglas claras, sino que se deja al Estado la oportunidad de implementar las condiciones tiempo, modo y lugar para la realización de la consulta, pero guiado en todo momento por los principios de: *i)* buena fe, *ii)* flexibilidad, *iii)* idoneidad, *iv)* oportunidad y *v)* participación efectiva. En todo caso, el procedimiento debe de ser consensuado y estar orientado a la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas y sobre el particular sólo pueden delinearse reglas generales que en cada caso el Estado deberá de adecuar a las particularidades de las medidas legislativas a adoptar y al pueblo o comunidad a la que se puede afectar.

En términos generales, corresponde al gobierno implementar la consulta cuando se trata de proyectos de su iniciativa y cuando se presentan a consideración de las Cámaras Legislativas proyectos no elaborados por el gobierno, éste debe acudir a las instancias competentes, a efecto de que se planteen alternativas para implementar los procesos de consulta más adecuados.

La consulta debe ser implementada con antelación a la radicación (presentación) de la iniciativa de ley ante cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión, para garantizar el principio de oportunidad a los sujetos interesados —y afectados directamente por la medida legislativa—.

La consulta previa no se cumple a través de audiencias públicas, foros, eventos o demás escenarios de participación que se convocan durante el trámite de aprobación de una reforma legislativa o constitucional. Tampoco, queda cumplido cuando en el trámite legislativo intervienen instancias simplemente representativas de las comunidades étnicas en los organismos del Estado, todo lo anterior porque ello corresponde al deber genérico de participación y apertura democrática en los procesos de elaboración de las leyes en general que pueden afectar a la sociedad también en general. La consulta previa es un requisito procedimental con repercusión sustancial en los procesos legislativos concebido para casos en particular que de ningún modo puede ser sustituido por los mecanismos genera les de participación.

## **IX. Consecuencias de la omisión de la consulta previa**

Las repercusiones del defecto procedimental sustantivo de ausencia de la consulta comportan: *i)* la inconstitucionalidad del acto; *ii)* la subsistencia del mismo pero condicionado a una posterior consulta; *iii)* la subsistencia de la medida legislativa, condicionado cada acto administrativo de aplicación a la realización de una consulta; y *iv)* la existencia de un vacío legal —una laguna— en la legislación para el caso de aquellas medidas dirigidas a toda la población que, sin embargo, tienen una afectación sustancial en los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional Colombiana, en su sentencia C-175/2009 precisó que, en la determinación de las consecuencias de la omisión del deber de consulta previa debe de tenerse en cuenta: *i) el contenido general de la ley y los contenidos específicos de la misma respecto de los pueblos indígenas y afrodescendientes; ii) la finalidad de la ley y la relación que existe entre cada una de las partes; iii) la posibilidad de distinguir normas de la ley que sean separables respecto de la misma; y iv) las decisiones del legislador respecto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes.*

El hecho de que la consulta resulta sea obligada y no se realiza, nos encontramos ante el supuesto de una violación a un derecho humano, lo que acarrea todas las consecuencias jurídicas que resultan de una violación de este género: *i)* el deber de investigar y sancionar la violación al derecho humano conculcado; *ii)* la obligación de otorgar garantías de no

repetición; *iii*) la obligación de procurar el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado; y en su caso, *iv*) la reparación integral de los daños producidos por la violación.

La *reparación integral* implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización por los daños causados. Supone una vocación transformadora, de tal forma que la misma tenga un efecto no sólo restitutivo sino también correctivo por lo que no es admisible una restitución a la misma situación estructural de desventaja social. Por ende, en el caso de violaciones al deber de consulta, la reparación no debe conducir a un regreso a la situación de desventaja estructural para el pueblo o comunidad indígena, sino a una corrección.

## **X. El trámite de consulta respecto la celebración de tratados internacionales**

En los que su incidencia sea directa en los pueblos y comunidades indígenas, los procesos de elaboración y aplicación de tratados internacionales no quedan exentos del deber de consulta. En este supuesto, la consulta previa se convierte en un requisito fundamental, sin el cual, el tratado puede incluso ser declarado nulo. Sin embargo, atento a la especial naturaleza de los tratados y las reglas diversas —a las de las leyes ordinarias— que se siguen en los procesos para su adopción, el deber de consulta asume diversas especificidades.

Guiados bajo la directiva de la buena fe que impone el Convenio 169 de la OIT cabe argumentar que la obligación de consulta debe de implementarse previamente a la adopción del tratado internacional tanto por parte del presidente de la República como del Senado.

Para el caso de los tratados bilaterales previo la firma del instrumento por el presidente de la República (o por su representante con plenos poderes) y se someta al Senado para su ratificación, tiene lugar una fase de negociación del instrumento (Artículos 7 a 10 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados*, de 1969).

En la fase de negociación, los representantes de las Partes acuerdan unos objetivos generales por cumplir, delimitan el objeto y el alcance del tratado internacional, precisan deberes y obligaciones entre los contratantes, indican la duración del compromiso, prevén mecanismos de solu-



ción de controversias, deciden la inclusión de cláusulas de salvaguardia, y en últimas, redactan el clausulado. Posteriormente, suscriben o firman el texto acordado, quedando así claro el articulado del instrumento internacional. De tal suerte que, en materia de conclusión de tratados internacionales, las fases de negociación y suscripción o aprobación, ocupan un lugar protagónico.

Es en esta fase en donde el deber de consulta debe colmarse pues, con sustento en el principio de buena fe, esta etapa configura el escenario por excelencia en el que las distintas partes pueden ser escuchadas y llegarse a acuerdos que beneficien a todos los sujetos implicados. De este modo, en atención a las preocupaciones expresadas por los pueblos y comunidades, el Estado puede colocar sobre la mesa de negociación con el otro u otros países esos temas a efecto de que se puedan explorar vías alternativas o bien, se minimicen al máximo los efectos negativos que puedan tenerse.

En el caso de los tratados multilaterales el proceso de negociación y adopción resulta diverso. Por lo común, un organismo directamente encomendado por los Estados suele elaborar diversos proyectos que son puestos a consideración de los Estados. El referido organismo suele organizarse a través de grupos de trabajo, mesas de análisis, conferencias internacionales.

Asimismo, durante los procesos de elaboración y adopción del texto del tratado, no son raros los casos en los que las conferencias internacionales o los grupos de trabajo encomendados laboran durante varios años en la adopción del texto por lo que el proceso reviste especial complejidad.

En estos casos, cuando el Estado advierta que alguna disposición puede tener una afectación directa en los pueblos y comunidades indígenas, el deber de consulta debe materializarse precisamente en esos foros de análisis o grupos de trabajo a efecto de que las minorías étnicas aporten sus observaciones al respecto. Ciertamente, por tratarse de instrumentos donde confluyen una pluralidad de Estados parte, no necesariamente comparten la misma idea, en todo caso, el Estado que suscribe podrá manifestar su posición y adelantar las reservas correspondientes al texto normativo.



## XI. El proceso general para desarrollar una consulta previa

La SCJN (Amparo en revisión 6311/2012) ha señalado como requisitos mínimos a observarse en el trámite de la consulta los siguientes: *i)* De buena fe, en un ambiente de confianza, seguridad, claridad y respeto mutuo de las partes durante todo el proceso; *ii)* Previa con la garantía de asistencia financiera, técnica y logística que necesiten para el desarrollo de la consulta; *iii)* Libre, en tanto ausente de toda coacción, manipulación o intimidación externa; *iv)* Con la finalidad de llegar a un acuerdo; *v)* Realizarse cuando la comunidad se encuentra debidamente informada con vistas para obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios; *vi)* Respeto a los sistemas de autoridad y representación indígena; y *vii)* Respeto a los tiempos y características culturales. La Corte ha reconocido que el deber de consulta no se surte a través de simples reuniones para dar información, ni mediante medios de difusión. En sentido similar, el TEPJF ha reconocido estos requisitos mínimos a observarse en el proceso de la consulta (SUP-JDC 916712011, caso Cherán) y adicionalmente, ha señalado que la consulta debe ser un proceso endógeno, libre, pacífico, informado, democrático, equitativo, socialmente responsable y auto gestionado (SUP-JDC 1740/2012, caso Acatlán).

La información suministrada para un consulta previa debe abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: *i)* la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; *ii)* las razones o el objeto u objetos del proyecto y actividad; *iii)* la duración de lo que antecede; *iv)* los lugares que se verán afectados; *v)* una evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución; y *vi)* el personal que probablemente intervendrá en la ejecución del proyecto propuesto.

La consulta debe tener en cuenta las particularidades de los pueblos y comunidades indígenas, la SCJN ha indicado que la consulta debe cumplirse de acuerdo con las costumbres y tradiciones de cada pueblo o comunidad, lo cual implica, la adopción de procedimientos culturalmente adecuados bajo los métodos tradicionales de toma de decisiones de los colectivos indígenas. En consecuencia, ningún proceso de consulta puede ser igual para todos los pueblos y comunidades indígenas.

Una variable especial que debe tenerse en cuenta, son los *tiempos* indígenas que cada pueblo o comunidad requiere para tomar una decisión.

Los *tiempos* en la *cosmovisión* indígena son distintos de los que posee la sociedad occidental, tales tiempos dependen de sus propios calendarios a partir de los cuales organizan sus actividades o tareas al interior de la comunidad.

## **XII. Fases del proceso y alcances de la consulta previa**

Distinguimos como fases o etapas en el proceso de consulta previa:

- i)* Fase de información o preconsulta, que sienta las bases del procedimiento a seguir en el caso particular, se prevé de común acuerdo cómo se realizará el proceso consultivo atendiendo a las especificidades culturales de la comunidad. En esta fase es importante dotar ampliamente de información al pueblo o comunidad indígena sobre el proyecto, en especial, sobre los impactos que puede tener a fin de que con la debida antelación puedan identificar los aspectos positivos y negativos del mismo. Asimismo, en esta fase se identifican las personas que representarán a las partes durante el proceso, se determina conjuntamente los planes de trabajo, la metodología, tiempos, el lugar de las reuniones y en su caso, las compensaciones, así como la participación en los beneficios del proyecto. Durante todo el proceso de consulta, los pueblos y comunidades podrán solicitar al dueño del proyecto y al Estado, información y aclaración sobre los temas de la acción a emprender;
- ii)* Fase de realización de la consulta, entiende las diversas reuniones en las cuales se discutirán los proyectos, los impactos o afectaciones y las formas de prevenirlos, solucionarlos o mitigarlos. Para dar comienzo se convoca a una reunión de instalación, en esa misma reunión se desarrollan los temas a tratar o bien, se convoca a reuniones posteriores. Esta fase culmina con una reunión de protocolización en la que se fijan los acuerdos o conclusiones obtenidas;
- iii)* Fase de sistematización y seguimiento de los compromisos asumidos. En caso de existir acuerdo entre las partes, se elabora el acta respectiva y se firma. Si no existe acuerdo, se dará por concluida la reunión dejando en el acta constancia expresa de ello y la autoridad competente tomará la decisión final. En caso de haber acuerdo, se deberá fijar: las condiciones para la realización de la obra; medidas de mitigación, control y compensación para garantizar la identidad cultural; se deberán establecer los planes de seguimiento y control; se debe dejar clara la forma en cómo se dará para las comunidades la participación en los beneficios del proyecto, así como los compromisos diversos a emprenderse, señalándose tiempos y responsables.

La consulta previa constituye un requisito para que la medida a adoptar sea válida lo cual, no obstante, no significa que un resultado negativo en la consulta tenga por efecto el veto. Quién toma la decisión al final del proceso es la autoridad. Lo anterior ha sido considerado incluso por la Organización Internacional del Trabajo: *Ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afectan a todo el país... El Artículo 7° (del Convenio 169) exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo.* Sin duda alguna, es ésta una limitación a la consulta previa que se ha tratado de enmendar a través de una figura semejante, pero con característica vinculante: el consentimiento previo, libre e informado.

En caso de que no sea posible llegar a un acuerdo y la autoridad tome la decisión de llevar a efecto la medida respectiva, la decisión —en todo caso— no debe de ser arbitraria, sino que debe ser objetiva, razonable, motivada y proporcional a la finalidad que se pretende obtener, que debe ser un interés público mayor que amerite la prevalencia por sobre la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. Finalmente, la toma de decisión es del Estado, luego entonces, le corresponde mitigar, corregir o restaurar los efectos negativos que las medidas implementadas puedan producir en detrimento de la comunidad.

En caso de llevarse a cabo la acción gubernamental, aún sin el consentimiento del pueblo o comunidad, el Estado deberá asegurar el máximo respeto posible a las prioridades de desarrollo de los pueblos, priorizar —en caso de proyectos de desarrollo— el mejoramiento de sus condiciones de vida, garantizar los beneficios o las ganancias, así como las indemnizaciones que correspondieran, y explicar cómo dicha medida no va a afectar la integridad biológica o cultural, adoptando, en todo caso, las medidas necesarias de minimización de riesgos correspondientes.

Como en el caso del proyecto *Tren Maya*, frecuentemente se utilizar-se el argumento mayoritario, para determinar el sentido de la decisión a emprenderse por el Estado. Frente a megaproyectos de inversión, no es ajeno el argumento según el cual la medida a emprenderse conllevará enormes beneficios económicos a un amplio sector de la población, que se contribuirá al desarrollo nacional y a la mayor competitividad del país.

Sin discutir las bondades y beneficios que en cada megaproyecto pueda tenerse, debe de recordarse que en el campo de los derechos humanos el argumento mayoritario sencillamente no tiene cabida. Ha sido

ampliamente reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia interamericana —de obligatorio cumplimiento para México e internacional, así como por la doctrina especializada en la materia que la regla de la mayoría resulta profundamente peligrosa cuando se entremezcla con los fundamentos de los derechos humanos, sobre todo, cuando de lo que se discute son restricciones a los mismos. En estos casos, la regla de la razón y de la argumentación es la que supera en todo momento a la simple regla mayoritaria pues los derechos humanos, como se ha precisado, se encuentran al margen de las decisiones de la mayoría, aún de las que se toman por unanimidad.

En consecuencia, el *mayor beneficio* que una obra puede reportar para la colectividad no es en ningún caso un argumento válido para la restricción de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades étnicas, más aún, cuando lo que se encuentra en peligro es la supervivencia del propio sujeto colectivo como tal. Fue el argumento que la CCC aplicó en su Sentencia T-129/2011 para tutelar el derecho colectivo, a la identidad cultural y a la vida del sujeto colectivo como tal frente a megaproyectos de inversión en territorios indígenas colombianos:

No se puede anteponer en abstracto el “interés general” y la visión mayoritaria que se tenga del “desarrollo” o el “progreso” que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos lo que está de por medio no es sólo la expectativa de recibir ciertos beneficios económicos por un proyecto económico, sino entender y reconocer que lo que está en juego es el presente y futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto-determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida.

### **XIII. El derecho al consentimiento previo, libre e informado**

El consentimiento previo, libre e informado es un derecho fundamental, de carácter colectivo, que poseen los pueblos y comunidades indígenas, así como otras minorías étnicas semejantes, por el cual garantizan su derecho a la participación frente a aquellas medidas adoptadas por el Estado con una especial capacidad de incidencia en la estructura étnica del pueblo o la comunidad. Este derecho se caracteriza porque supone la necesaria obtención de un consentimiento a partir del cual el Estado puede implementar la medida prevista con incidencia en la estructura étnica del colectivo.

El consentimiento no es sino la finalidad última a la que todo proceso de consulta debe de estar orientado y aquí, claro está, no se configura el consentimiento como un derecho autónomo del de la consulta. Por otro lado, la normativa internacional, así como la jurisprudencia interamericana han delineado que, en ciertos casos de especial relevancia, no basta con el simple deber de consultar, sino que es necesaria la obtención del consentimiento previo, libre e informado del pueblo o comunidad. De esta manera, el consentimiento previo constituye un verdadero derecho de los pueblos indígenas.

El derecho fundamental al consentimiento previo, libre e informado encuentra su fundamentación jurídica en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo —Artículo 16, numeral 2—, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Jurisprudencia Interamericana.

Sobre el documento de la Naciones Unidas, la SCJN en el amparo en revisión 781/2011 (barrancas del cobre) expresó:

al ser una Declaración emanada de un organismo internacional, como es la ONU, es un instrumento de carácter aspiracional. que marca la tendencia hacia donde las Partes que lo suscriben consideran debe orientarse el derecho internacional. Si bien la Declaración no es jurídicamente vinculante para los Estados que se adhirieron a su texto, existe un compromiso moral con su contenido; esto es, solamente sirve como criterio orientador.

En el ámbito de la jurisprudencia interamericana, el caso *Saramaka vs Surinam* ha sentado precedentes. Resuelto en noviembre de 2007, refiere a la construcción de una hidroeléctrica en territorio de la comunidad tribal (no indígena) Saramaka, durante la década de los años 60 y como resultado de la construcción de la hidroeléctrica, tuvo lugar la inundación de los territorios de la comunidad, obligándola a desplazarse. La CoIDH constató que, desde ese entonces a la fecha de resolución del caso, la relación entre la comunidad y el Estado de Surinam estuvo caracterizada por la ausencia de una política que contribuyera a mejorar sus condiciones de vida, a garantizarles su derecho colectivo a la propiedad, a reconocérseles personalidad jurídica como pueblo y al acceso a garantías judiciales adecuadas para reclamar sus derechos ancestrales.

La CoIDH declaró culpable al Estado de Surinam por no garantizar a la comunidad Saramaka su derecho a la propiedad tradicional y por violar sus derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la protección judicial. Para arribar a estas conclusiones, entre otras consideraciones, la Corte desarrolló el deber de consulta previa y lo distinguió del derecho al consentimiento previo, libre e informado y estableció que:

siempre 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. Los 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 comunitaria y social, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y] en algunos casos, abuso y violencia. En consecuencia, es esencial el consentimiento previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo.

Se valió de observaciones del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERO, por sus siglas en inglés) en las que se señalaba:

en 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 recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomiendo que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades.

A partir de estos elementos, la CoIDH determinó 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 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 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.

Con posterioridad, la CoIDH reiteró este criterio en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, donde señaló:

El Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objeto de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido

a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones.

Por su parte, la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH) ha reiterado estos criterios, señalando que el consentimiento previo, libre e informado es procedente respecto de: *i*) planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales; *ii*) en los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales prive a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia (reiteración de jurisprudencia de la CIDH); y *iii*) en el caso del depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.

La SCJN en el emblemático amparo en revisión 631/2012, señaló: “esta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento”

## **XIV. Implicaciones del consentimiento previo, libre e informado**

El elemento característico del derecho al consentimiento previo, libre e informado es que resulta ser obligatorio para el Estado, de tal manera que, de no lograr la obtención del consentimiento, la medida que pretenda implementar la autoridad, no tiene lugar. Lo anterior se traduce en una suerte de veto a los actos de la autoridad, reconocido jurídicamente tanto por el orden interno como por el internacional.

Este veto, comporta implicaciones difíciles de compaginar en los proyectos políticos de diversos Estados y como es de esperarse, no ha sido bien recibido en el derecho doméstico. No obstante ello, subrayamos, con el consentimiento previo, libre e informado se actualiza en su máxima expresión el principio del interculturalismo que caracteriza a las sociedades complejas, pues a través de la obtención del consentimiento para deter-



minadas medidas estatales, se deja en claro que las decisiones gubernamentales que incidan trascendentalmente en la composición étnica de los pueblos y comunidades indígenas originarios, no pueden ser tomadas unilateralmente, sino en consenso obligado con los sujetos afectados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que:

El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.

Tanto la *consulta previa*, como el *consentimiento previo, libre e informado*, son herramientas que garantizan el derecho a la participación de los pueblos y comunidades indígenas para que puedan incidir en las medidas gubernamentales que directamente les afecten. El proceso para la implementación de estos derechos, garantiza que entre Estado y colectivos indígenas pueda establecerse un diálogo intercultural en el que el Estado: *i)* pueda presentar el proyecto; *ii)* proporcione toda la información con la que demuestre sus beneficios; *iii)* señale las condiciones tiempo, modo y lugar en las que se implementará el proyecto; y *iv)* prevea las medidas que adoptará para minimizar los efectos negativos. Y los colectivos indígenas: *i)* puedan externar sus preocupaciones; *ii)* informarse plenamente sobre el alcance del proyecto y los beneficios que puede traer a la comunidad; *iii)* despejar rumores y temores infundados, muchas veces reproducidos por la equivocada o carente información; *iv)* plantearle al Estado medidas alternativas para no afectar determinados sitios sagrados y otros aspectos de su cosmovisión; y *v)* fijar, desde un principio, la participación de la comunidad en los beneficios derivados del proyecto.

En concordancia, la CCC ha señalado:

la necesidad de que la discusión no sea planteada en términos de quién veta a quién, sino que ante todo se trata de un espacio de disertación entre iguales en medio de las diferencias, oportunidad para que los organismos estatales y concesionarios del Estado puedan explicar de forma concreta y transparente cuáles son los propósitos de la obra y la comunidad pueda exponer cuáles son sus necesidades y puntos de vista frente a la misma.



No se admite en estos procesos la mala fe, crear un clima de tensión o enfrentamiento, así como el mantener posiciones autoritarias y carentes de toda vocación por el diálogo. Al Estado corresponde fundamentalmente garantizar ese clima de confianza entre las partes, por lo que debe esforzarse al máximo, para que el proceso de consulta y de consentimiento previo, libre e informado pueda tener inicio y reconducirse a un acuerdo que beneficie a todas las partes.

La CIDH ha indicado que el deber de obtener el consentimiento responde a una lógica de proporcionalidad, en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos. Las hipótesis que actualizan el derecho al consentimiento previo, libre e informado, son situaciones en las que manifiestamente se coloca en riesgo la existencia de la vida colectiva. Cuando el consentimiento no se logra, nos encontramos ante el dilema en que es preciso afectar el contenido de un derecho (*el derecho a la vida*), para garantizar otro —cuya valía es estimada, en el caso concreto, más preciada—, que justifica no satisfacer el principio contrario.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la existencia de un *coto vedado*, constituido por una serie de derechos y garantías cuyo ejercicio no puede ser restringido o suspendido aún en las más terribles situaciones de excepción al interior de los Estados, el más importante es el *derecho a la vida*, reconocido en el Artículo 27 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y en el Artículo 4° del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

En consecuencia, el poder de veto del consentimiento previo, libre e informado deriva de la protección reforzada con la que se garantiza el derecho a la vida del sujeto colectivo indígena. De este modo, cuando no ha podido obtenerse el consentimiento de la comunidad y la medida a emprenderse coloca en una situación manifiesta de riesgo la existencia colectiva de vida, frente al derecho al desarrollo o crecimiento económico debe prevalecer el derecho a la existencia colectiva de vida.

A diferencia de la consulta previa —que procede ante cualquier medida administrativa o legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos o comunidades indígenas—, el consentimiento previo, libre e informado se encuentra reservado a aquellas medidas con trascendental grado de incidencia en la estructura étnica de los pueblos y comunidades indígenas. Hasta el momento, vía instrumentos internacionales y jurisprudencia interamericana, se reconoce la procedencia ante los siguientes supuestos: *i*) en medidas que puedan implicar un desplazamiento por la fuerza; *ii*) en el traslado de las tierras que tradicionalmente han ocupado o la reubicación de los pueblos indígenas; *iii*) cuando se pretenda el depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en territorios

indígenas; iv) en la implementación de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; y v) en la extracción de recursos naturales en territorios indígenas.

## XV. Medidas de desplazamiento

Este primer supuesto del consentimiento previo, libre e informado deviene del *Convenio 169 de la OIT*, concretamente, de su Artículo 16 (numeral 2), así como de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Artículo 10).

En esta hipótesis se prevé la necesaria obtención del consentimiento de la comunidad como una garantía reforzada para evitar que estos colectivos puedan ser objeto de desplazamientos forzados —cuando se dan como resultado de la connivencia o tolerancia del Estado— u otras medidas no consensadas con las que se pretende el traslado o reubicación de los colectivos indígenas.

Atento a la especial importancia que reviste el derecho fundamental a la propiedad y a permanecer en los lugares que tradicionalmente han habitado por generaciones, la CoIDH en diversas ocasiones ha reconocido este especial carácter del derecho a la propiedad en el caso de los pueblos y comunidades indígenas, así, desde su primera sentencia en esta materia, señaló:

Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. 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 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.

En este sentido, cuando; a) una medida estatal tiene por objeto trasladar o reubicar a una comunidad indígena de las tierras que, tradicionalmente han ocupado; o b) el Estado no evita una acción que puede

resultar un desplazamiento forzado; se actualiza el derecho al consentimiento previo, libre e informado, toda vez que se materializa una situación de especial gravedad que coloca a la comunidad, como sujeto colectivo, en una inminente situación de peligro.

## **XVI. Depósito, almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos**

Este supuesto de procedencia se encuentra previsto en la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Artículo 29.2), así como en observaciones planteadas por organismos especializados de Naciones Unidas, como el Relator especial en materia indígena.

La Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente se entiende por material peligroso:

elementos, sustancias, compuestos, residuos o mezclas de ellos que, independientemente de su estado físico, representen un riesgo para el ambiente, la salud o los recursos naturales, por sus características corrosivas, reactivas, explosivas, tóxicas, inflamables o biológico-infecciosas (Artículo 2, fracción XXIII).

En la *Ley General de Salud* se emplea la expresión “sustancia peligrosa” para referirse a *Aquel elemento o compuesto, o la mezcla química de ambos, que tiene características de corrosividad, reactividad, inflamabilidad, explosividad, toxicidad, biológico-infecciosas, carcinogenicidad, teratogenicidad o mutagenicidad* (Artículo 278, fracción III).

El Reglamento para el transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos dispone que: a) materiales peligrosos son: *Aquellas sustancias peligrosas, sus remanentes, sus envases, embalajes y demás componentes que conformen la carga que será transportada por las unidades;* y b) sustancia peligrosa es: *Todo aquel elemento, compuesto, material o mezcla de ellos que independientemente de su estado físico, represente un riesgo potencial para la salud, el ambiente, la seguridad de los usuarios y la propiedad de terceros, también se consideran bajo esta definición los agentes biológicos causantes de enfermedades* (Artículo 2).

## **XVII. Planes de desarrollo o de inversión a gran escala**

Este supuesto de procedencia es de especial trascendencia, pues incluye medidas, tanto administrativas como legislativas, directamente encaminadas al desarrollo económico del Estado. En estos supuestos, posiblemente nos encontramos ante una colisión entre normas fundamentales que garantizan, por un lado, la protección de la diversidad cultural nación y por el otro el desarrollo o crecimiento económico del Estado.

La hipótesis prevista en este supuesto incluye la expedición: *i)* de medidas legislativas en materia: *a)* petrolífera, *b)* carbonífera, *c)* energética, *d)* de telecomunicaciones y *e)* las directamente encaminadas al desarrollo o la inversión con capacidad de afectar directamente los territorios en que habitan pueblos o comunidades indígenas; y *ii)* los actos administrativos mediante los que se efectivizan las medidas legislativas antes señaladas.

Por proyecto de desarrollo a gran escala entendemos un proceso de inversión de capital público o privado nacional o internacional, para: *i)* la creación o la mejora de la infraestructura física de una región determinada; *ii)* la transformación a largo plazo de las actividades productivas con los correspondientes cambios en el uso de la tierra y los derechos de propiedad; *iii)* la explotación a gran escala de los recursos naturales incluidos los recursos del subsuelo y *iv)* la construcción de: *a)* centros urbanos, *b)* fábricas, *c)* instalaciones mineras, *d)* centrales energéticas, *e)* complejos turísticos, *f)* instalaciones portuarias, y *g)* bases militares.

## **XVIII. Extracción de recursos naturales en territorios indígenas**

La extracción de recursos naturales coloca en una situación de riesgo la existencia como forma colectiva de vida en la medida de un plan de desarrollo o inversión a gran escala, pues supone una relación entre los pueblos indígenas, el gobierno y el sector privado que debe basarse en el pleno reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales. Para los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos

humanos de los pueblos indígenas y ello implica la garantía de: a) una distribución de los beneficios mutuamente aceptables, y b) el establecimiento de mecanismos independientes y mutuamente aceptables para la solución de las controversias entre los pueblos indígenas y el sector privado.

## **XIX. Proceso y alcance del derecho al consentimiento previo, libre e informado**

El proceso para la garantía del derecho al consentimiento previo, libre e informado es el mismo que el establecido para la consulta, con la diferencia de que la decisión del pueblo o la comunidad resulta vinculante para el Estado. De tal manera que, si el colectivo no consiente en la medida a implementarse por el Estado, no podrá realizarse. En consecuencia, el Estado deberá esforzarse al máximo a fin de lograr obtener el consentimiento, para ello, resultará esencial que las reglas y principios observados para la consulta sean maximizados.

Se aplican las mismas reglas ideadas para el caso de la consulta en tratándose de medidas legislativas y administrativas: las condiciones de tiempo, modo y lugar; la realización del proceso bajo los principios de buena fe, antelación, finalidad de acuerdo, información, respeto a los sistemas de autoridad y representación, así como de los tiempos y características culturales; la implementación de fase de preconsulta, consulta y seguimiento.

En lo que hace a la afectación directa existe una variante para el caso del consentimiento previo, libre e informado. Mientras en el caso de la consulta se requiere una afectación directa respecto de cualquier medida administrativa o legislativa, en el caso del consentimiento previo, libre e informado se requiere de un *impacto profundo* derivado de los supuestos de procedencia del consentimiento.

Filipinas, en su *Ley de derechos de los pueblos indígenas* (1997) reconoce el derecho de los pueblos y comunidades al consentimiento previo, libre e informado, tratándose de: *i)* la prospección, el desarrollo y la explotación de recursos naturales; *ii)* la investigación y la bioprospección; *iii)* los desplazamientos y los reasentamientos; *iv)* las exploraciones arqueológicas; *v)* la ordenación comunitaria de los bosques; y *vi)* el acceso del ejército.

En Bolivia, el Tribunal Constitucional Plurinacional, en su sentencia 2003/2010-R, de 25 de octubre de 2010, reconoció que el consentimiento previo, libre e informado, se torna un derecho de los pueblos en tres supuestos: *i)* Tratándose de las tierras que ocupan y su reubicación; *ii)* Almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas y *iii)* Cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala. En estos casos, el Tribunal reconoció que los pueblos tienen la potestad de vetar el proyecto.

La Corte Constitucional Colombiana se ha pronunciado sobre este derecho en diversas sentencias, en especial, en la sentencia T-769 de 2009 y en la T-129/2011. En la primera de ellas, la CCC indicó que:

cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

Como se advierte, la corte colombiana reconoció que es el profundo daño ocasionado por los planes de desarrollo o de inversión a gran escala lo que justifica la necesaria obtención del consentimiento de la comunidad para que puedan implementarse esas medidas. No obstante, en el reconocimiento de este derecho la Corte Constitucional, en su sentencia T/129-2011, llevó al análisis los cuestionamientos más emblemáticos que suelen formularsele: *a)* ¿El consentimiento libre e informado se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a los proyectos de intervención?, y *b)* ¿El consentimiento sólo debe buscarse en los planes de desarrollo o de inversión a gran escala?

En cuanto al primer cuestionamiento, la CCC concluyó, que el poder de vetar decisiones gubernamentales era efectivo, no obstante, para adquirir ese carácter, ha de seguirse un procedimiento en el que tendrán que valorarse diversos elementos, en especial, el grado de afectación que la medida a implementar puede provocar en la comunidad. En consecuencia, frente a cada caso concreto deberá determinarse cómo afectará la medida a la población y cuál, o cuáles, serán las alternativas menos lesivas que por vía del consenso entre las partes pueda lograrse para mitigar la

afectación, pues sentenció que está en juego *el presente y el futuro de un pueblo, de un grupo de seres humanos que tiene derecho a auto determinarse y defender su existencia física y cultural, por “absurdas o exóticas” que para algunos puedan parecer sus costumbres y modos de vida... no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación.*

La CoIDH ha reconocido la necesidad de obtener el consentimiento tratándose de grandes proyectos de desarrollo o inversión que afecten directamente la estructura del colectivo étnico ello plantea diversas reflexiones para nuestro país, donde el régimen apenas 100 días después de haber asumido el poder, ha tomado decisiones de trascendental envergadura en materia de telecomunicaciones, energía, explotación de recursos naturales —incluido el petróleo— y otras tantas decisiones de gran impacto económico.

## **XX. ¿Conclusiones? El EZLN contra el Tren Maya**

El *Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)*, que hace 25 años se levantó en armas en Chiapas, advirtió desde este 1 de enero del 2019 que se opondrá a los proyectos del presidente Andrés Manuel López Obrador, como el *Tren Maya* y la Guardia Nacional.

La dirigencia zapatista estuvo reunida en los últimos días del 2018 con organizaciones sociales afines y simpatizantes para conmemorar los 25 años de su surgimiento y las acciones a tomar ante el programa de gobierno de López Obrador.

"Vamos a pelear. Vamos a enfrentar, no vamos a permitir que (López Obrador) pasen aquí sus proyectos de destrucción. No le tenemos miedo a su guardia nacional, que cambió de nombre, para no decir Ejército", expuso el subcomandante Moisés al leer el comunicado final del encuentro.

"Nosotros le decimos que no le creemos", añadió Moisés, al tildar al presidente de "tramposo" y "mañoso" por querer pretender que está con los pueblos originarios de México cuando en realidad, dijo, busca "destruirlos".

Los zapatistas también criticaron otros proyectos, como la siembra masiva de árboles en varios estados, incluido Chiapas, donde tiene su base el *EZLN* y la manera en que el nuevo gobierno busca impulsar la construcción del *Tren Maya*, para conectar a los cinco estados del sureste.

Sobre el ritual indígena en Palenque, Chiapas, con el que el gobierno dio por iniciada la construcción del tren, el subcomandante Moisés dijo que no le creen. “*Solo porque la Madre Tierra no habla, si no le dijera ‘chinga tu madre, vete a la chingada’*”, dijo el integrante zapatista.

Los zapatistas siempre han tenido marcadas diferencias con López Obrador y en 2006, la primera vez que fue candidato a la Presidencia, el *subcomandante Marcos*, por años vocero del *ELZN*, llamó abiertamente a no votar por él.

El *ELZN* se alzó en armas el 1 de enero de 1994, el mismo día que entró en vigor el *Tratado de Libre Comercio de México con Estados Unidos y Canadá* (TLC).

Los combates duraron 12 días y dejaron decenas de muertos, la mayoría zapatistas. Tras un *alto al fuego* se abrió un proceso de *diálogo*,

Aunque ambas partes firmaron en 1996 los *Acuerdos de San Andrés*, los zapatistas interrumpieron el diálogo al no aprobarse una reforma constitucional que garantizara su *autonomía*... (continuará).



## Sugerencias bibliográficas

ASSIES, W. "Pueblos indígenas y sus demandas en los sistemas políticos", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, pp. 89-107, 2009.

AYLWIN, J., "Los derechos de los pueblos indígenas en América Latina: avances jurídicos y brechas de implementación", en *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, pp. 275-300, 2014.

CRUZ RUEDA, E., "Mecanismos de consulta a los pueblos indígenas en el marco del convenio 169 de la OIT: El caso mexicano", en *Revista Pueblos y Fronteras Digital*, No. 5, 2008.

GAONA PANDO, G., "El derecho a la tierra y protección del medio ambiente por los pueblos indígenas", en *Nueva antropología*, No. 26, pp. 141-161, 2013.

MARTÍNEZ ESPINOZA, M. I., "Reconocimiento sin implementación. Un balance sobre los derechos de los pueblos indígenas en América Latina", en *Revista mexicana de ciencias políticas y sociales*, No.60, pp. 251-277. 2015.

MORRIS, M., Garavito, C. R., Salinas, N. O., y Buriticá, P., "La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional", en *Documentos Número 2, Programa de Justicia Global y Derechos Humanos*, pp. 1-52, 2009.

SMITH, A. N., ESPINOSA, Y. B., y Sagástegu, C. L., "Derechos colectivos y consulta previa: territorio cucapá y recursos pesqueros en Baja California, México", en *Revista Colombiana de Sociología*, No. 37, pp. 43-64, 2014.