

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO A LA CONSULTA

Francisco López Bárcenas

Introducción

Cada vez son más los pueblos y comunidades indígenas de México que tienen que enfrentar la voracidad de las empresas extranjeras que invaden sus territorios para apoderarse de los recursos naturales que ellos han cuidado por siglos, violentando su derecho a ser reconocidos como pueblos, decidir sus propias prioridades, preservar su identidad cultural y mantener la integridad de sus territorios y acceder de manera preferente al uso y disfrute de los recursos naturales existentes en ellos, entre otros. Ejemplos de esto existen muchos: la industria minera, la construcción de presas hidroeléctricas y de almacenamiento de agua, la construcción de parques eólicos para la producción de energía, planes de bioprospección relacionados con los recursos genéticos y el conocimiento indígena asociado a ellos y proyectos turísticos, entre otros. La mayoría estos proyectos son financiados por empresas transnacionales o una combinación de ellas con mexicanas, u otras propiedad de empresarios mexicanos, pero en todo caso cuentan con la con la anuencia de las autoridades estatales que, por otro lado omiten su obligación de vigilar que se respeten los derechos de los pueblos afectados.

Frente a estas arbitrariedades los pueblos buscan la manera de defenderse y resistir. Un instrumento jurídico que en los últimos años ha cobrado mucha fuerza es el derecho de consulta, como los náufragos que se aferran a lo que queda de la barca para no ahogarse en el mar. A manera de ejemplo, se puede citar la comunidad Rarámuri de Huetosachi, en el estado de Chihuahua, el pueblo Cucapá en Baja California, y el pueblo Wirrárika, en el estado de Jalisco. El primero reclamó que autoridades federales, estatales y municipales habían violentado sus derechos al planear y ejecutar el proyecto turístico “Barrancas de Cobre”, sin consultarlos; el segundo que no se les permitía pescar en los lugares que acostumbran hacerlo porque quedó ubicado dentro del área núcleo de la “Reserva de la

Biosfera de la Región del Alto Golfo de California y Delta de Río Colorado”, decretada sin consultarlos, y el tercero que la Secretaría de Economía otorgó concesiones mineras dentro de su territorio, afectando su derecho a realizar sus peregrinaciones y otros actos espirituales y culturales.

En los tres casos los demandantes alegan que se viola su existencia como pueblos indígenas, así como su derecho al territorio y el acceso preferente a los recursos naturales en ellos existentes y a mantener su identidad cultural, derechos todos reconocidos en el orden jurídico nacional e internacional y, tratándose de derechos humanos, este último forma parte de los derechos garantizados a los mexicanos, según dispone la Carta Magna. Además de lo anterior, los casos resultan importantes por otros elementos de ellos: son de los primeros presentados por pueblos indígenas ante los tribunales mexicanos reclamando derechos colectivos y en los tres existen sentencias favorables, sean provisionales o definitivas. El de Huetosachi está resuelto en definitiva aunque en espera cumpla con la resolución y los otros dos cuentan con suspensiones provisionales, pero falta la resolución definitiva. En el primer caso se amparo a la comunidad para que las autoridades responsables “establezcan los mecanismos de consulta necesarios para definir y proponer los objetivos, prioridades políticas y estrategias de desarrollo regional en el área de operaciones del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, dentro de la que se asienta la comunidad quejosa”.

A estos casos hay que sumar la recomendación No. 56/2012 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicada el día 28 de septiembre pasado, relativo a la violación de los derechos del pueblo Wirrárika, por las concesiones mineras que el gobierno federal otorgó a varias empresas mineras. Aunque la recomendación de este organismo de derechos humanos no es jurídicamente vinculante como las sentencias judiciales, resulta importante su análisis porque es un organismo defensor de los derechos humanos y sus conclusiones son muy importantes para el caso que nos ocupa. El asunto ya comienza a preocupar a las autoridades estatales, que en su mayoría lo ven como un nuevo problema que tienen que resolver y no como una oportunidad de encontrar mecanismos de atención a los derechos de

los pueblos indígenas, que son la piedra angular de la pluriculturalidad de la nación, según reconoce la propia Constitución Federal.

El presente documento tiene como propósito analizar la forma en que el derecho a la consulta se encuentra regulado en el derecho mexicano e internacional, así como sus alcances y limitaciones. El objetivo es que los pueblos cuenten con elementos de carácter jurídico que les permitan valorar la pertinencia o no de usar el derecho a la consulta como instrumento de defensa de sus derechos, según la circunstancia concreta en que se ubican. Adicionalmente, desde las instancias gubernamentales, puede ayudar a reflexionar sobre la pertinencia de regular este derecho y la manera de hacerlo para facilitar su uso por los pueblos indígenas.

La consulta en el derecho nacional

El derecho a la consulta se encuentra regulado en el derecho interno del estado mexicano, lo mismo que en el derecho internacional. En el primer caso, el Artículo 2, apartado B, fracción IX, de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, establece que el gobierno debe “consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. Como en dichos planes se incorporan las acciones de gobierno, se entiende que la Constitución Federal, al expresar que se les consulte durante su elaboración, determina que deben consultarse con ellos las acciones que puedan afectarlos de manera positiva o negativa. La expresión “[...] y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen” no debe entenderse como una facultad discrecional que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* otorga a las autoridades federales para que unilateralmente decidan si incorporan o no las propuestas de los pueblos indígenas, sino el deber de incorporar todas aquellas que sean acordes con los derechos reconocidos a los pueblos, pues de otra manera a consulta resultaría una actividad sin efecto alguno.

El Congreso de la Unión no ha expedido una ley que reglamente la forma en que debe ejercerse y en su caso reclamarse este derecho. Lo que ha hecho es incorporar en diversas

leyes el tema. Una de ellas es la *Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas*¹ En su artículo 2º esta Ley establece que dicha Comisión tiene como objeto “orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. Para lograrlo, la ley le otorga a la Comisión las siguientes funciones:

I. Ser instancia de consulta para la formulación, ejecución y evaluación de los planes, programas y proyectos que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal desarrollen en la materia;

[...]

IX. Diseñar y operar, en el marco del Consejo Consultivo de la Comisión, un sistema de consulta y participación indígenas, estableciendo los procedimientos técnicos y metodológicos para promover la participación de las autoridades, representantes y comunidades de los pueblos indígenas en la formulación, ejecución y evaluación de los planes y programas de desarrollo;

[...]

XVI. Establecer las bases para integrar y operar un sistema de información y consulta indígena, que permita la más amplia participación de los pueblos, comunidades, autoridades e instituciones representativas de éstos, en la definición, formulación, ejecución y evaluación de los programas, proyectos y acciones gubernamentales;

XVII. Ser instancia de consulta para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal con el fin de formular el proyecto de presupuesto consolidado en materia de desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas a incluir en el Presupuesto de Egresos de la Federación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Federal;

Como puede verse, esta ley faculta a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, para desplegar acciones en materia de consulta en varios sentidos. Uno de ellos –establecido en la fracción I, del artículo 2º- es que las instancias de la

¹ “Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas”, *Diario Oficial de la Federación*, 21 de mayo de 2003. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril del 2012.

Administración Pública Federal la consulten a ella antes de formular y durante la ejecución de los planes y programas dirigidos a atender las necesidades de los pueblos y las comunidades indígenas. Se trata de una acción dirigida a orientar el quehacer de la Administración Pública Federal y por tanto no guarda ninguna relación directa con el ejercicio del derecho de consulta de los pueblos indígenas. La fracción XVII del artículo citado se enfoca al mismo sentido, con la diferencia de que la fracción I se refiere a cualquier acto en general y la XVII a la formulación del proyecto de presupuesto consolidado en materia de desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, el presupuesto que la administración pública en general destinara al desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas.

El segundo sentido con que se regula el derecho a la consulta si está dirigido al ejercicio del derecho de consulta de los pueblos indígenas, pero acotado a la formulación, ejecución y evaluación de los planes de desarrollo dirigidos a ellos. De acuerdo con la fracción IX de la Ley, la obligación de la Comisión es diseñar y operar un sistema de consulta y participación indígena, misma que debe operarse a través del Consejo Consultivo de la Comisión que se integra por indígenas que la misma Comisión propone, es decir, que no representan a los pueblos o comunidades indígenas. Resumiendo la ley faculta a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas para que sea ella, como instancia gubernamental, quien diseñe y opere un sistema de consulta a través de su Consejo Consultivo, que se integra por indígenas que no representan a los pueblos o comunidades indígenas.

Esta disposición resulta restrictiva y violatoria del derecho de consulta en los términos que lo establece el Convenio 169 de la OIT. Es restrictiva porque solo reconoce el derecho a la consulta en la formulación y ejecución de los planes y programas –y del presupuesto para hacerlo- dirigidos a atender las necesidades de los pueblos y las comunidades indígenas; es violatoria del porque el Consejo Consultivo de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas no es parte de los órganos del gobierno federal y por lo mismo no puede realizar responsabilidades que corresponden a aquel. Además, como en su momento explicaremos, el Convenio 169 de la OIT es un tratado sobre derechos humanos y como tal forma parte del bloque constitucional que contiene los derechos mínimos de los

governados, razón por la cual esta disposición de la Ley resulta inválida frente a la disposición del Convenio 169 de la OIT. Pero de eso nos ocuparemos más adelante.

La fracción XVI versa sobre lo mismo, faculta a la Comisión para establecer las bases que permitan “integrar y operar un sistema de información y consulta indígena, que permita la más amplia participación de los pueblos, comunidades, autoridades e instituciones representativas de éstos, en la definición, formulación, ejecución y evaluación de los programas, proyectos y acciones gubernamentales” La única diferencia es que en esta fracción se agrega una expresión genérica de acciones gubernamentales. Como se verá más adelante, esta disposición es más restrictiva que lo dispuesto en el derecho internacional.

Otra ley que en términos similares se refiere al derecho de consulta es la *Ley de Planeación*², el ordenamiento que regula la elaboración de Plan Nacional de Desarrollo, la que hace referencia a ese derecho. Así, en su artículo 20 establece que “las comunidades indígenas deberán ser consultadas y podrán participar en la definición de los programas federales que afecten directamente el desarrollo de sus pueblos y comunidades” y el siguiente numeral expresa que “en los asuntos relacionados con el ámbito indígena, el Ejecutivo Federal consultará, en forma previa, a las comunidades indígenas, para que estas emitan la opinión correspondiente”. En estas dos disposiciones se establece el deber de las autoridades de consultar “en los asuntos relacionados con el ámbito indígena”, es decir, todos aquellos que de alguna manera pudieran afectarlos positiva o negativamente; además, esta consulta deberá ser previa a la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo y tendrá como objeto que emitan su opinión correspondiente, sin que quede clara la obligación de las autoridades de incorporar dichas opiniones en el Plan Nacional de Desarrollo. Si esto llegara a suceder estaríamos frente a una consulta para cubrir las formas, no para garantizar derechos reconocidos.

Otro ordenamiento jurídico que hace referencia a la consulta, aunque en sentido distinto que la anterior, es la *Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable*.³ En su artículo

² *Diario Oficial de la Federación*, 13 de junio del 2003.

³ *Diario Oficial de la Federación*, 25 de febrero de 2003. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 04 de junio del 2012.

primero la Ley expresa que “[...] es reglamentaria del Artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus disposiciones son de orden e interés público y de observancia general en todo el territorio nacional”; además, declara que su objeto es “[...] regular y fomentar la conservación, protección, restauración, producción, ordenación, el cultivo, manejo y aprovechamiento de los ecosistemas forestales del país y sus recursos; por último, expresa que “cuando se trate de recursos forestales cuya propiedad corresponda a los pueblos y comunidades indígenas se observará lo dispuesto por el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”. La norma constitucional a la que remite expresa que, como parte de su autonomía, los pueblos indígenas pueden

VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.⁴

Estas normas no guardan relación con la consulta, pero las citamos porque establecen el fundamento constitucional de la Ley y el objetivo de ella. Donde ya se hace referencia a la consulta es en su título tercero, capítulo primero, el cual se denomina “De los Criterios de la Política Nacional en Materia Forestal”. Ahí en el artículo 32 establece como criterio obligatorio de política forestal de carácter social

I. El respeto al conocimiento de la naturaleza, cultura y tradiciones de los pueblos y comunidades indígenas y su participación directa en la elaboración y ejecución de los programas forestales de las áreas en que habiten, en concordancia con la Ley de Desarrollo Rural Sustentable y otros ordenamientos.

La norma citada no se refiere a la consulta sino a la participación directa en la elaboración y ejecución de los programas forestales, pero es importante tenerla en cuenta para no confundirse, pues la participación puede darse sin consultar a los pueblos y comunidades indígenas –a través de sus autoridades o de alguna organización indígenas, por ejemplo;

⁴ *Diario Oficial de la Federación*, 14 de agosto del 2001.

aunque si la participación es auténtica y de buena fe, quienquiera que participara en la elaboración y ejecución de los programas forestales, antes de hacerlo debería consultarlos. Otra referencia indirecta al derecho de consulta de los pueblos y comunidades indígenas, se encuentra en el Capítulo I, del Título cuarto de la Ley, denominado, “De las Autorizaciones para el Aprovechamiento de los Recursos Forestales”. El artículo 72 de la Ley, ubicado en esa parte expresa lo siguiente:

La Secretaría establecerá los procedimientos y mecanismos necesarios, para que los títulos o documentos en los que consten las autorizaciones, sean traducidos a las lenguas de los solicitantes o titulares de aprovechamientos forestales pertenecientes a pueblos y comunidades indígenas, o bien, para asegurar que les sea interpretado su contenido.

Cuando una autorización pueda afectar el hábitat de alguna comunidad indígena, la autoridad deberá recabar el parecer de los representantes de dicha comunidad.

La Secretaría, en coordinación con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal competentes, verificará que los aprovechamientos de recursos forestales se realicen garantizando los derechos que la Ley reconozca a las comunidades indígenas.

Como en el caso del artículo 32, este tampoco hace referencia directa a la consulta pero guarda relación con ella, sobre todo en los dos últimos párrafos, pues el primero solo se refiere a que los documentos de las autorizaciones sean traducidos a lenguas indígenas, seguramente para que estos se enteren de su contenido. Lo importante para la consulta comienza en el segundo párrafo, donde se ordena que cuando una autorización de aprovechamiento forestal pueda afectar el hábitat –es decir, todo su entorno natural- de una comunidad indígena, la autoridad que las otorga, en este caso la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales- antes de extenderlos debe recabar el parecer, es decir, el acuerdo o consentimiento de ella. La norma no establece para que se debe recabar su parecer, pero en el siguiente párrafo determina que tanto la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales como las otras entidades de la administración pública –y según veremos más adelante, todos los órganos de los tres niveles de gobierno- deben velar porque se garanticen los derechos de los pueblos indígenas, de ahí que el objetivo de recabar su parecer puede ser ese, que bien puede traducirse en su derecho a conservar su territorio.

Por último, la *Ley del Instituto Mexicano de la Juventud*⁵ en artículo 4, fracción V, dispone que para el cumplimiento del objeto para el cual fue creado, dicho Instituto tiene, dentro de otras atribuciones, “consultar, en coordinación con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas las políticas, programas y acciones de desarrollo de los jóvenes indígenas; garantizar la participación de éstos en su diseño y operación; y, en su caso, incorporar a la planeación nacional sus recomendaciones propuestas”.

En todas las leyes las disposiciones adolecen del problema de reducir la consulta a los aspectos planeación y ejecución de los planes y programas de gobierno y en algunos casos en el diseño del presupuesto para llevarlos a cabo. Otra anomalía de ellas es que el fin que se persigue con las consultas es que opinen, sin que quede claro el destino de esas opiniones. Ninguna de las leyes hace referencia a la forma de consultar. Más amplio es el derecho internacional, que también es obligatorio para todos los gobiernos y poderes de nuestro país, como se explica enseguida.

El bloque constitucional y el derecho a la consulta

También en el derecho internacional existen normas que regulan el derecho de los pueblos indígenas a la consulta, por lo cual es necesario realizar un análisis de su contenido. Pero antes de hacerlo es importante tener en cuenta que el derecho internacional opera en dos planos simultáneamente: el plano internacional y el interno, como parte del sistema jurídico mexicano, que es el que aquí nos interesa. Al respecto la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su Artículo 133 preceptúa lo siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en la Constitución o leyes de los Estados.⁶

⁵ *Diario Oficial de la Federación*, 6 de enero de 1999. Fracción recorrida por reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 5 de agosto del 2011

⁶ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (comentada). PGR-UNAM, México, 1994, pág. 641.

Esta disposición constitucional tiene relación directa con el artículo 89, fracción X, de la misma Carta Magna, donde se establecen las facultades del Presidente de la república para “dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado”. De la misma manera se relaciona con el artículo 76, fracción I, que establece como facultad exclusiva del Senado “aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. Estos tres artículos constitucionales contienen los requisitos formales para que los tratados internacionales tengan validez en el orden jurídico interno del Estado mexicano. Si alguno de estos requisitos de forma hiciera falta, dichos tratados no obligarían al Estado mexicano ni en el derecho internacional ni en el orden interno; en sentido contrario, al cumplirse estos dos requisitos en la celebración de tratados los mismos son plenamente válidos tanto en el exterior como en el interior del Estado mexicano.

Interpretando este artículo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha establecido la siguiente tesis jurisprudencial:

[...] esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de Jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio Artículo 133 el presidente de la República y el Senado de la República pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior la interpretación del Artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto por el Artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están

expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.⁷

En esta tesis la Suprema Corte de Justicia de la Nación deja claro que los tratados internacionales forman parte del sistema jurídico interno del Estado mexicano y jerárquicamente se colocan por debajo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero por encima de las leyes, sean federales o estatales, y por la misma razón, por encima de cualquier reglamento, decreto o disposición administrativa. Otra cuestión que también queda aclarada es que los tratados obligan a todas las autoridades –ejecutivas, legislativas y judiciales- de todos los niveles de gobierno –federal, municipal o estatal- a su cumplimiento, con el único límite de la jurisdicción y competencia que establezcan las leyes. En consecuencia, si alguna autoridad se negara a aplicar el tratado teniendo jurisdicción y competencia para hacerlo, estaría violando el orden jurídico mexicano, independientemente de las responsabilidades internacionales que eso le pudiera acarrear al estado.

Además de lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el artículo primero de la propia Carta Magna también se refiere a los tratados internacionales en los siguientes términos:

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

⁷ Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de 10 votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el 28 de octubre en curso, aprobó, con el número LXXVI/99, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

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

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

Del contenido de esta disposición se pueden agrupar, para el caso, de la siguiente manera:

1. Los derechos humanos garantizados a los mexicanos se encuentran tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales del los que el Estado mexicano es parte, es decir, que estén de acuerdo con la propia Constitución Federal, los firme el Presidente de la república y los ratifique el Senado de la misma;
2. Esos derechos no pueden restringirse ni suspenderse, salvo en la forma que la Constitución establece; que en este caso es la suspensión de garantías establecida en el artículo 29 constitucional.
3. El contenido de los derechos humanos debe interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas.
4. Todas las autoridades, incluidas las del Poder Judicial y el Poder Legislativo, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Interpretando estas disposiciones, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido la siguiente jurisprudencia afirmando lo siguiente:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el Artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano,

adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el Artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011 [...] ⁸

En ese mismo sentido apunta la siguiente tesis del mismo órgano jurisdiccional:

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los Artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte. ⁹

De igual manera, no se debe olvidar que la *Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados* establece reglas en materia de interpretación de tratados. Este documento, en su Artículo 31.1, contiene un principio, el cual estipula que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y su fin”. De acuerdo con esta disposición, la base de interpretación de un tratado es su texto y su contexto. El primero

⁸ Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

⁹ Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once.

porque constituye la auténtica expresión de las intenciones de las partes, el segundo porque explica el sentido de la obligación. Asimismo, el Artículo 31.2 expresa que el contexto se compone por el texto mismo, su preámbulo y anexos si los hubiere. También ante la regla general de que se esté al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado, en su numeral 31.4 establece una regla especial, la cual indica que “se dará a un término su sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Explicado lo anterior, analicemos el contenido del derecho internacional sobre la consulta.

La consulta en el derecho internacional: Disposiciones generales

En el ámbito internacional este derecho se regula en el *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*¹⁰, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*¹¹, así como la jurisprudencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido a través de sus sentencias¹².

Pues bien, el artículo 6 del *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* expresa lo siguiente:

1. 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;
 - b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
 - c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

¹⁰ *Diario Oficial de la Federación*, 24 de enero de 1991.

¹¹ 61/295. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre del 2007.

¹² Dicha jurisprudencia se encuentra sistematizada en: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Original: español. Internet: <http://www.cidh.org>

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas

Un primer aspecto que se regula en esta disposición es el relativo a los sujetos involucrados en la consulta: los gobiernos de los estados y los pueblos indígenas, el primero como sujeto obligado a consultar y los segundos como sujetos con derecho a ser consultados. Así se desprende del hecho que el artículo que se analiza expresando que “al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán” y es obvio que si un gobierno pretende realizar algún acto que involucra derechos de los pueblos indígenas, debe ajustarse a lo dispuesto en el convenio, por lo que puede decirse que debe aplicarlo. Complementa esta disposición la prima parte del inciso a de este artículo que expresa que el anterior deber se materializa en “consultar a los pueblos interesados”, es decir, los pueblos indígenas. El estado no puede delegar su obligación en una institución particular, como podría ser la empresa a través de la cual pretende realizar el acto que se debe consultar, si puede alegar que ya consultó cuando solo realiza reuniones informativas con académicos o *expertos* en derechos indígenas.

Ahora bien, en la anterior disposición se regulan al menos cuatro aspectos de la consulta a los pueblos indígenas: cuando se les debe consultar, cómo se les debe de consultar, para que se les debe de consultar y unas disposiciones generales sobre la consulta. En el primer aspecto, el Estado debe consultar a los pueblos indígenas “cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”, es decir, en todos los casos que los poderes ejecutivo y legislativo prevean realizar alguna actividad que pueda afectarlos positiva o negativamente. El poder judicial queda excluido porque sus decisiones se fundan en las normas de derecho vigente y este no está sujeto a discusión, simplemente se acata y si las partes no están conformes con la resolución del caso estudiado, pueden acudir a otras instancias a presentar su inconformidad.

Sobre la forma de consultar, el Convenio 169 establece que debe ser de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas. Hay que aclarar que la buena fe a la que hace

referencia esta norma jurídica no es una cuestión moral sino jurídica, lo que implica que las partes estén dispuestas a respetar el derecho, que no actúen por simulación o con dolo y sean fieles a los compromisos que se contraigan, renunciando a la pretensión de acrecentarlos o disminuirlos.¹³ La aclaración es importante porque muchos pueblos no aceptan la consulta, pues por experiencia saben que los funcionarios estatales no actúan de buena fe, siempre buscan cubrir las formas. Sobre la manera apropiada a las circunstancias, *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, en su Observación General 2011 sobre la obligación de los Estados de consultar, expresó que:

[...] no hay un único modelo de procedimiento apropiado y que estos procedimientos deberían tener en cuenta las circunstancias nacionales y de los pueblos indígenas interesados, así como la naturaleza de las medidas que son objeto del proceso de consulta. El Comité tripartito también dejó claro que el Artículo 6 debe entenderse dentro del amplio contexto de consultas y participación, especialmente en el marco del párrafo 1 del Artículo 2 y del Artículo 33, que requieren desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, y asegurar que existen instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados. El Comité tripartito tomó nota de que «la consulta prevista por el Convenio va más allá de una consulta en un caso preciso y tiende a que todo el sistema de aplicación de las disposiciones del Convenio se haga de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas [...]».¹⁴

Además de lo que la comisión de Expertos de la OIT expresa, se debe tomar en cuenta el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a acceder a información oportuna y en su lengua, contar con el tiempo necesario para analizarla, tener la posibilidad de consultar las dudas que pudiera tener sobre la información que se les proporcione, realizar sus asambleas en los tiempos y lugares y formas que acostumbra hacerlo para debatir sus asuntos importantes y tomar sus determinaciones.

¹³ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo A-C, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pp. 422-423.

¹⁴ OIT-CEACR, *Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989* (núm. 169), pp. 9-10.

En ese mismo sentido las instituciones representativas de los pueblos y comunidades indígenas son las que representan cotidianamente a los pueblos para determinados actos. Así lo entiende la *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, quien en la misma Observación General 2011, expresó que:

[...] no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio y que las consultas deberían realizarse antes, lo cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en el proceso, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental. Teniendo en cuenta los trabajos preparatorios, en este caso el Comité tripartito llegó a la conclusión de que aunque el Artículo 6 no requiere que se alcance un consenso en el proceso de consultas previas, establece que los pueblos interesados deben poder participar libremente en todos los niveles de formulación, aplicación y evaluación de las medidas y programas que les afectan directamente, a partir de la fecha en la que el Convenio entre en vigor en el país.¹⁵

La consulta a los pueblos indígenas debe tener como finalidad “llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”. La diferencia entre un acuerdo y un consentimiento estriba en las personas que participan. El acuerdo es la unión de voluntades dos o más personas con el fin de asumir ciertas obligaciones que se traducen en derechos para su contraparte y normalmente se traducen en convenios o contratos; por su lado, el consentimiento es un acto unilateral, donde una persona –física o moral- por voluntad propia decide asumir ciertas obligaciones frente a otras sin tomarles su parecer y por lo mismo sin que por ello les resulte alguna obligación.¹⁶ Desde ese punto de vista puede afirmarse que el estado obtiene un acuerdo de los pueblos indígenas sobre la materia que les consulta cuando a cambio de que realice el acto que pretende llevar a cabo pacta con ellos algún beneficio o acepta ciertas condiciones de ellos, y obtiene su consentimiento, cuando estos no piden nada a cambio ni le imponen condición alguna. Sean acuerdo o consentimiento, normalmente debe plasmarse en un convenio que al ser firmado por el Estado como organismo público, revestirá carácter de acto público, como veremos más adelante.

¹⁵ Op. Cit., pág. 8.

¹⁶ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo A-C, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998, pp. 107 y 779.

Pero la obtención del consentimiento y el arribo a un acuerdo entre los pueblos indígenas lleva implícita la posibilidad de que no se otorgue ese consentimiento, que se otorgue parcialmente o que se haga con modalidades. En el primer caso, los pueblos y comunidades indígenas rechazan la posibilidad de que el acto que el estado pretende realizar se lleve a cabo; en el segundo consienten que se realice solo parte de él y en el tercero que se realice pero con modificaciones. Naturalmente, tanto la aceptación como la negativa total o su aceptación parcial o con condiciones deberán tener como sustento los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y las obligaciones correlativas del estado en esta materia, pues de no ser así, los acuerdos a que se arriben podrán ser impugnados en los tribunales.

Finalmente, el artículo 6 del Convenio 169 prevé que los gobiernos de los estados deben establecer los medios necesarios para que los pueblos indígenas puedan participar libremente, en todas las instancias administrativas o legislativas donde se toman determinaciones políticas y se diseñan los programas de gobierno enfocados a ellos; dicha participación debe ser al menos en la misma medida que otros sectores de la población participan. De igual manera, los gobiernos deben establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. En conclusión, el estado está obligado a facilitar la participación de los representantes de los pueblos indígenas en las instancias gubernamentales y a fortalecer las particulares de ellos.

La consulta en el derecho internacional: Disposiciones particulares

Además del artículo 6 del Convenio 169, que contiene disposiciones generales sobre la consulta, existe dos disposiciones más específicas. Una de ellas es el artículo 15 del Convenio, que se refiere a la protección especial de los naturales existentes en los territorios de los pueblos indígenas, incluidos aquellos casos en que pertenezcan al Estado. Al respecto, dicho artículo expresa:

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.

Esta disposición es clara: aun cuando los recursos naturales sean propiedad del estado del que los pueblos indígenas forman parte, si se encuentran dentro de los territorios de estos, el estado tiene la obligación de consultarlos antes de realizar actos de administración, uso o disposición de ellos. Para ello, los gobiernos deben establecer procedimientos para consultar a los pueblos antes de otorgar las concesiones, lo mismo que antes de iniciar las actividades para la exploración o explotación, con el fin de saber si dichas concesiones los perjudicarán y en qué medida, para tomar medidas que eviten o mitiguen el perjuicio y si no fuera posible se les indemnice por las afectaciones que puedan sufrir. Ese es un objetivo de la consulta, el otro es participar de los beneficios que aporte la actividad minera. Al no hacerse esto se violan los derechos de los pueblos indígenas.

Sobre este tema la Organización del Trabajo, a través de *Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, lo mismo que de Comités formados para atender reclamaciones específicas, ha ido definiendo los alcances de esta disposición. Así, por ejemplo, en el Informe del Comité encargado de examinar la Reclamación presentada en el año de 1999 por la Central Obrera Boliviana, donde se alegaba el incumplimiento por el estado boliviano del Convenio 169, se estableció que “El artículo 15 del Convenio debe leerse en concordancia con los artículos 6 y 7 del Convenio [...] [P]or el hecho de la ratificación los gobiernos deben velar por que las comunidades indígenas interesadas sean consultadas oportuna y adecuadamente sobre el alcance y las implicaciones de las

actividades de exploración y explotación, sea de actividades mineras, petroleras o forestales.¹⁷

Dos años después en el Informe del Comité establecido para examinar una reclamación presentada en el año del 2001 por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres (CEOSL)¹⁸, en la que alegaban incumplimiento del Convenio 169 por parte del Estado, se sostuvo el criterio de que, aun cuando la legislación nacional establezca que los derechos sobre recursos del subsuelo forman parte del patrimonio nacional, el estado tiene la obligación de “consultar con los pueblos indígenas y tribales que pudieran ser afectados antes de autorizar actividades de exploración y explotación de los recursos del subsuelo ubicados en territorios indígenas”.

En el año 2006, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo, en su informe anual señaló que “el artículo 15, 2), regula, en particular, la consulta con relación a los recursos naturales y establece su objeto: «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».¹⁹ Al año siguiente, la Comisión insistió sobre el tema afirmando que “el artículo [15] prevé la consulta cuando los recursos naturales se encuentren en las tierras indígenas definidas en el artículo 13, párrafo 2, el cual establece que «la utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera».²⁰

¹⁷ Véase Documento:GB.274/16/7: Adoptado por el Consejo de Administración en su 274ª sesión, marzo de 1999, párrafo 38, p. 8

¹⁸ Véase Documento: GB.282/14/2: Adoptado por el Consejo de Administración en su 282ª sesión, noviembre de 2001, párrafo 35, p. 7

¹⁹ Véase Informe de la CEACR 2006, Informe III (Parte 1 A), Convenio núm. 169, Guatemala, párrafo 10, p. 497

²⁰ Véase Informe de la CEACR 2007, Informe III (Parte 1 A), Convenio núm. 169, Guatemala, párrafo 5.

También el artículo 17 del Convenio 169, relativo a la transmisión de los derechos sobre la tierra, entre los miembros de los pueblos indígenas contiene reglas sobre la consulta. El contenido normativo del mencionado artículo es del tenor siguiente:

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

El primer párrafo no tiene mayor relevancia para efectos de la consulta, pues trata de la transmisión de derechos sobre la tierra entre los miembros de un mismo pueblo. Donde comienza a tenerla, y mucha, es en el segundo, pues se refiere a la posibilidad de enajenar sus tierras o sus derechos parcelarios de los indígenas, fuera de la comunidad. En nuestro país las enajenaciones de parcelas se pueden llevar a cabo por compraventa y donación y la de derechos parcelarios por contrato de arrendamiento o usufructo. En cualquiera de estos casos, además de seguir los procedimientos establecidos en la *Ley Agraria* o el *Código Civil* si se trata de propiedad privada, deberá consultarse al pueblo indígena de que se trate, independientemente de que sean ejidatarios o comuneros o no lo sean, pues no se trata de preservar derechos agrarios sino territoriales.

Además de esto, la disposición prevé que se impida que personas ajenas a los pueblos se aprovechen de dichas costumbres para obtener la propiedad, posesión o usufructo de las tierras. Esta disposición es importante porque reconoce el derechos de los pueblos a que se les consulte antes de una expropiación, compraventa, arrendamiento o contrato de usufructo que, como dijimos anteriormente, son las formas que las empresas mineras tienen para acceder a la tierra bajo la cual se encuentran los minerales a explotar. Si estos actos llegaran a presentarse estaríamos ante un vicio en el consentimiento y por lo tanto el acto que resultara de ese error sería nulo. Esta interpretación se robustece si se toma en cuenta el

derecho al consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como se explica a continuación.

La Declaración y la jurisprudencia internacional sobre derecho a la consulta

Por su parte, *la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en su artículo 15 establece que los estados deben adoptar medidas eficaces, “en consulta y cooperación con los pueblos indígenas interesados”, para combatir los prejuicios, eliminar la discriminación, promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad; el artículo 19 expresa que los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas, por medio de sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado; el artículo 30 prohíbe las actividades militares en las tierras y los territorios indígenas, a menos que se consulte a los pueblos y estos den su anuencia; y, el artículo 38 establece el deber de los Estados de consultar a los pueblos para adoptar las medidas administrativas y legislativas que permitan alcanzar los fines de la declaración.

Para los fines de este trabajo, importa tener en cuenta el contenido del Artículo 32, que textualmente expresa:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos.
2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.
3. Los Estados proveerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por cualquiera de esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual.

Aunque en apariencia esta disposición es similar a la del Artículo 15 del *Convenio 169* de la OIT, su contenido es más amplio. En primer lugar reconoce el derecho de los pueblos indígenas a “determinar y elaborar las prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos”. Se trata de que los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, decidan sobre su futuro. Como parte de ese derecho, antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras y territorios –como es el caso de las actividades mineras- los Estados deben consultar y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas, para obtener su consentimiento libre e informado, lo cual implica la posibilidad de no obtenerlo. La consulta no debe ser un instrumento para avasallar a los pueblos sino para defender sus derechos.

Tomando como fundamento el contenido del *Convenio 169 de la OIT* y de la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido una serie de jurisprudencias que también es obligatoria para los Estados y para México en específico, según el parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y comentado ya en este trabajo. Entre otras cosas ha afirmado que los Estados tienen obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios; lo mismo que cualquier medida relacionada con los procesos de acceso y goce efectivo del territorio ancestral; que tales consultas deben “propender por la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse a una notificación o un trámite de cuantificación de daños”.

Sobre el tema que aquí preocupa, la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* ha sostenido que existe “un deber estatal de consultar y, en casos específicos, de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas en relación con los planes o proyectos de desarrollo, inversión o explotación de los recursos naturales en territorios ancestrales: los Estados deben ‘garantizar, de conformidad con sus obligaciones internacionales sobre la

materia, la participación de los pueblos indígenas y las comunidades afectadas en los proyectos de exploración y explotación de los recursos naturales, mediante consultas previas e informadas con miras a la obtención del libre consentimiento de los mismos en el diseño, ejecución y evaluación de dichos proyectos, así como la determinación de los beneficios y la indemnización por los daños, según sus propias prioridades de desarrollo'. A través de tales procesos de consulta previa, debe garantizarse la participación de los pueblos indígenas y tribales 'en todas las instancias de decisión de los proyectos de explotación de recursos naturales en sus tierras y territorios, desde su diseño, licitación y concesión, hasta su ejecución y evaluación'.

La consulta en los tribunales y el ombudsman mexicanos

En nuestro país, la Suprema Corte de Justicia ha comenzado a pronunciarse sobre estos derechos. En marzo del 2012, la Segunda Sala del máximo tribunal federal amparó a la comunidad Rarámuri de Huetosachi, del municipio de Urique, estado de Chihuahua, quien se quejaba de que sus derechos eran conculcados por el proyecto "Barrancas de Cobre", pues afectaban tierras que aunque no eran de su propiedad, los miembros de la comunidad ocupaban y utilizaban.

En el considerando décimo segundo de su resolución, los integrantes de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación –quienes por atracción conocieron de la revisión del amparo- concluyeron que era procedente amparar a la comunidad quejosa para que las autoridades responsables "atento a lo dispuesto en la fracción I y el segundo párrafo de la fracción IX, del Apartado B, del artículo 2º constitucional, lleven a cabo las acciones necesarias para que se cree el Consejo Consultivo Regional referente al área de influencia del Fideicomiso "Barrancas del Cobre", a efecto de que a partir de la notificación de la presente ejecutoria se establezcan los mecanismos de consulta necesarios para definir y proponer los objetivos, prioridades políticas y estrategias de desarrollo regional en el área de operaciones del Fideicomiso "Barrancas del Cobre", dentro de la que se asienta la comunidad quejosa".

De la misma manera, resolvió la Sala, “con la presente concesión del amparo se obliga a los tres niveles de gobierno, [...] así como a los miembros del Comité Técnico del Fideicomiso de “Barrancas del Cobre” a que una vez elegido el Consejo Consultivo Regional lleven a cabo las acciones tendentes a cumplir con la finalidad del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, establecida tanto en la exposición de motivos del Decreto 409/96 I.P.O., como en el cuerpo del Convenio de Fideicomiso “Barrancas del Cobre”, en específico, para que se encarguen de que el referido Consejo actúe como un órgano de planeación para los efectos de lograr un desarrollo integral equilibrado, justo y sustentable, de la zona de influencia del fideicomiso asegurando la participación de la comunidad indígena quejosa.²¹

A la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación hay que sumar la recomendación No. 56/2012 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, publicada el día 28 de septiembre pasado, relativo a la violación de los derechos del pueblo Wurrárika, por las concesiones mineras que el gobierno federal otorgó a varias empresas mineras. La recomendación se ocupa de varios derechos violados, aquí solo nos ocupamos del derecho a la consulta. La primera referencia al tema es una aseveración tajante: “El Estado mexicano está obligado, constitucional y convencionalmente, a consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y a través de sus instituciones representativas, sobre los actos legislativos o administrativos que puedan afectarlos directamente, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado, todo ello en términos de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo [...]”. La afirmación no aporta nada nuevo pero es importante porque reconoce la obligación del estado mexicano de respetar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta.

Enseguida se ocupa de las distintas hipótesis en que debe aplicarse la consulta, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT. Dice:

El Convenio 169 de los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, en sus artículos 2, 3, 4, 6, 7, 8, y 15 regula las

²¹ Amparo en Revisión 781/2011, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 14 de marzo de 2012.

distintas hipótesis en que debe aplicarse el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, estableciendo que tal consulta debe ser realizada con miras a determinar si sus intereses y derechos serían perjudicados y en qué medida, antes de que se emprenda o autorice cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras indígenas o en las tierras que estos grupos disfruten como parte de sus costumbres o tradiciones. Más aún, cuando la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezca al Estado o tenga derechos sobre otro tipo de recursos, el mismo está obligado a ser partícipe a los pueblos indígenas de los beneficios que reporten tales actividades o, en su caso, a que perciban una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.

De acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos, “la consulta y participación indígena involucra, por un lado, el derecho de los diferentes pueblos y comunidades indígenas para que la autoridad correspondiente los haga partícipes y escuche sus puntos de vista en los casos que les competan (respetando a su vez sus tradiciones y costumbres) y, por otro lado, implica el deber estatal de otorgar las condiciones adecuadas para que tales pueblos y comunidades indígenas puedan participar efectiva, informada y libremente en el respectivo procedimiento administrativo, legislativo o de otra índole que pueda incidir en sus intereses o derechos”.

Después de estas declaraciones generales, la Comisión Nacional de Derechos Humanos pasa a analizar aspectos específicos violatorios de los derechos del pueblo wirrárika, violados por la Secretaría de Economía al otorgar concesiones mineras en su territorio sin consultarlos. Así, expresa que dicha Secretaría “no realizó un proceso de consulta libre, previa e informada ni hizo partícipe al pueblo *Wixárika* en los procedimientos que se siguen o se siguieron para otorgar concesiones o autorizaciones mineras en *Wirikuta* y en sus áreas adyacentes”, omisión que viola los derechos de los quejosos pues, “este pueblo indígena tiene derecho a que se tome en cuenta su opinión al momento de integrar los procedimientos administrativos de tales solicitudes y a participar activa y efectivamente en su resolución, pues es bien sabido que *Wirikuta* es un territorio sagrado que forma parte de su identidad cultural”.

Otro aspecto del cual se ocupa la recomendación es el relativo a la obligación de la Secretaría de Economía de ajustar sus actos no solo a la ley Minera sino también a otras leyes, incluidos los tratados internacionales. Así, afirma que

[...] si bien es cierto que la Ley Minera y su Reglamento no contemplan procedimiento alguno para incluir la consulta a los pueblos indígenas en relación con concesiones que puedan afectar sus intereses y derechos, también lo es que la Secretaría de Economía, única autoridad facultada para otorgar las concesiones mineras, está vinculada no sólo por la mencionada normatividad, sino también por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el Convenio 169 de los Pueblos indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo, por lo que tenía la obligación de incorporar la consulta y participación del pueblo *Wixárika*.

Con base en lo anterior, sostiene que “la Secretaría de Economía del gobierno federal no se puede excusar en la falta de norma expresa en la Ley Minera o en su reglamento para no incluir la consulta y participación indígena”, ya que “la Constitución y el Convenio 169 de los Pueblos indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo vinculan a la Secretaría de Economía y contienen obligaciones claras al respecto: los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a la consulta y todas las autoridades tienen la obligación de garantizar tal derecho en el ámbito de sus competencias”.

Sobre lo mismo pero desde otro ángulo la Comisión Nacional de Derechos Humanos sostiene que “el hecho de que se realice una consulta al pueblo indígena en los procedimientos de aprobación de concesiones no demerita el principio de legalidad al que también está sujeta la Secretaría de Economía. En primer lugar, porque no se exige ningún requisito adicional que deban cumplir las personas físicas o morales que soliciten la concesión. La consulta al pueblo indígena será un procedimiento interno de la Secretaría de Economía que valorará en su momento. En segundo lugar, debido a que la facultad de la Secretaría de Economía para autorizar la concesión implica la posibilidad de allegarse de métodos probatorios adicionales y no se limita únicamente al cumplimiento irrestricto de los requisitos previstos en la Ley Minera”.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos también se ocupa de los efectos de la consulta, lo cuales pueden ser, entre otros, negar la concesión solicitada si los derechos de los pueblos se ven afectados. En sus propias palabras:

El artículo 17 de la Ley General de Bienes Nacionales establece que la Secretaría de Economía está obligada a negar una concesión, entre otros casos, si se crea con ella un acaparamiento contrario al interés social y si existe algún motivo fundado de interés público. Para esta Comisión Nacional, nos encontramos ante tales supuestos: el otorgamiento de las concesiones en *Wirikuta* no cumple con la utilidad pública que ordena el artículo 27, párrafo tercero, constitucional, como lo es la distribución de la riqueza sin afectación a grupos en situación de vulnerabilidad y al cual también está sujeto la Secretaría, y la causa de interés público para negar las concesiones sería precisamente el daño a los recursos naturales y al grupo indígena.

De esa manera, “la negativa a otorgar concesiones mineras en los territorios indígenas de *Wirikuta* pretende salvaguardar los principios y reglas contenidas en el artículo 2 constitucional y en las demás normas internacionales, las cuales tienen como finalidad que en cualquier situación que la autoridad perciba una afectación a los derechos indígenas se deberá otorgar prioridad al disfrute de esos derechos humanos colectivos y, en especial, al derecho a la consulta al pueblo indígena. Se insiste, con fundamento en una interpretación *pro personae* de la ley y de las normas constitucionales, la Secretaría de Economía está facultada constitucional, convencional y legalmente para incorporar las consultas a los pueblos indígenas en sus procedimientos internos”.

A partir de esos razonamientos, el Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos formuló al secretario de Economía varias recomendaciones relacionadas con el otorgamiento de concesiones en territorios indígenas, tanto las que ya se habían entregado a las mineras, que motivaron la queja, como las que pudieran estar en vías de otorgarse. La primera recomendación, de manera general recomendaba girar instrucciones a quien correspondiera para que “se analicen las solicitudes de autorizaciones o concesiones mineras que pongan en riesgo el área de *Wirikuta* y, por ende, los derechos del pueblo

Wixárika; en específico, las que aún se encuentran en trámite [...]”. Se trata de una medida que bien podría beneficiar a todos los pueblos indígenas que pudieran encontrarse en la misma situación, aunque tiene el defecto de no expresar el objeto de dicho análisis; el titular de la CNDH debió ser más claro y decir, como establece el Convenio 169 de la OIT que debía tener con fin obtener el consentimiento o llegar a un acuerdo con los pueblos involucrados, que en este último caso podría ser de aceptación incondicional, rechazo total, aceptación parcial o aceptación condicionada a que se tomaran ciertas medidas.

La segunda recomendación se refiere a las concesiones que se encuentran en trámite. En ella se recomienda instruir a quien corresponda “para que se realicen las gestiones necesarias a efecto de que, durante el trámite y resolución de cualquier concesión o autorización minera susceptible de afectar los intereses o derechos de los pueblos indígenas, se tienda a efectuar la consulta y se otorgue la participación indígena correspondiente, para cumplir con lo dispuesto por el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo y la demás legislación aplicable [...]”. Aquí la expresión “se tienda a efectuar la consulta” resulta demasiado ambigua, pues tender es orientarse a determinados fines, no realización de una acción que es jurídicamente obligatoria. Aquí debió afirmarse que la obligación de realizar la consulta con los fines ya anotados y no hacerlo viola el derecho de los pueblos y convierte en nulos los actos que dependen de ella.

La tercera recomendación se propone girar instrucciones a quien corresponda “para que se tome en cuenta la actual viabilidad y subsistencia de los títulos de concesión minera ya otorgados en el área de *Wirikuta* y, por consiguiente, se valore llevar a cabo las medidas pertinentes para evitar que se sigan violando los derechos humanos colectivos del pueblo *Wixárika* [...]”. Otra vez, “tomar en cuenta la viabilidad y subsistencia de los títulos de concesión minera” resulta vago. Si la consulta es un requisito de validez en el otorgamiento de las concesiones, la falta de esta las vuelve nulas de pleno derecho y en esta circunstancia no existe ninguna posibilidad de que tengan algún efecto jurídico. Congruente con esto lo que debió recomendarse es que se cancelaran por carecer de todos los elementos de validez.

En la cuarta recomendación lo que se recomienda es girar instrucciones “para que se realicen las gestiones necesarias a efecto de que en la normatividad aplicable en materia minera se busque incluir expresamente el proceso de consulta a los pueblos indígenas, en relación con cualquier procedimiento administrativo que pueda afectar sus intereses y derechos, y se cumpla así con las disposiciones previstas al respecto en el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo [...]. Si en lugar de la expresión “se busque incluir” se dijera “se incluya” sería técnicamente aceptable. Hay que ver que hablando de casos hipotéticos que en el futuro se podrían llevar a cabo, tampoco compromete mucho su contenido, pues es lo mismo que la legislación ya expresa.

En el mismo tenor el Presidente de la CNDH formuló tres recomendaciones al secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, relacionadas con el tema. En la primera le recomendaba girar instrucciones a quien correspondiera “a efecto de que se verifiquen estrictamente, en beneficio del medio ambiente y de los derechos colectivos de los *wixáritari*, los requisitos para las autorizaciones en materia de impacto ambiental, tanto en la presentación de la manifestación de impacto ambiental como de los informes preventivos, respecto de sitios que se localicen en *Wirikuta* o en sus áreas limítrofes. Como en el caso anterior, se trataba de una recomendación general.

En la segunda ya recomendaba “tienda a bien cumplir con lo previsto en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo para que antes de la emisión de cualquier autorización, concesión o permiso que incida sobre las tierras y los territorios indígenas se incluya el procedimiento de consulta a los pueblos y comunidades que puedan verse afectados por la realización de determinadas obras o actividades, y realice las propuestas de modificaciones legislativas correspondientes para que su marco normativo se adecúe en su totalidad a tal tratado internacional. Como puede verse, se trata de dos recomendaciones, una para que se “tienda a bien cumplir” –debió decir se cumpla estrictamente- lo dispuesto en el Convenio 169 de

la OIT y la otra para que se modifique la legislación ambiental para homologarla a las disposiciones internacionales en la materia. Relacionada con esta recomendación, en la tercera se recomendaba realizar las gestiones necesarias “para que en la normatividad aplicable en materia medioambiental se busque incluir expresamente el proceso de consulta a los pueblos indígenas en relación con cualquier procedimiento administrativo que pueda afectar sus intereses y derechos y se cumpla así con las disposiciones previstas al respecto en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo”.

Más aceptables que las anteriores fueron las que se dirigieron al Director General de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. En la primera recomendaba girar instrucciones a quien correspondiera “para analizar la pertinencia de tomar las acciones conducentes frente a las autoridades federales para impedir la emisión de permisos, concesiones, licencias o autorizaciones sin que medien los procedimientos de consulta y participación previstos en el Convenio 169 de los Pueblos indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo; en específico, en el sitio sagrado *Wirikuta*”. En el mismo tenor, en la tercera proponía instruir a quien correspondiera para que se buscara “tomar las medidas pertinentes a efecto de promover el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos de los pueblos indígenas, en relación con los derechos a la consulta y al uso, acceso y disfrute de los territorios indígenas; en particular, a lo previsto en el Convenio 169 de los Pueblos indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo”.

Salida

El derecho a la consulta está adquiriendo mucha importancia en nuestro país, debido a que los megaproyectos de toda índole, en su afán de conseguir sus objetivos, están violando impunemente el derecho al territorio de los pueblos indígenas; de igual manera los pueblos afectados recurren a este derecho como una manera de frenar un poco los abusos de las autoridades estatales, que por ignorancia o con conocimiento de causa actúan como si no

existieran. Frente a esos actos arbitrarios los pueblos indígenas recurren al derecho para defenderse y lo que encuentran a su alcance es el derecho a la consulta. Por eso es necesario conocer su naturaleza y alcance, así como la manera en que puede materializarse, que es lo que aquí se ha expuesto, apoyándonos inclusive de algunos casos en donde se ha aplicado.

Como se ha explicado a lo largo del texto el derecho a la consulta resulta muy estrecho en el derecho nacional y más amplio en el internacional; una situación que habla de la poca voluntad política de los gobernantes para reconocer este derecho; en primer lugar porque siendo más reciente la reglamentación del derecho nacional y basándose en el compromiso de respetar el derecho internacional no solo debió perfeccionarlo sino establecer el procedimiento legal para su ejercicio. En lugar de eso se optó por reformas a diversas leyes para incorporar el derecho, limitando su alcance y olvidando el procedimiento para llevarlo a cabo.

Con la reforma al artículo primero que eleva a rango constitucional los tratados sobre derechos humanos lo limitado de la norma constitucional sobre la materia ha sido superado, pues este y el contenido del Convenio 169 de la OIT deben interpretarse sistemáticamente, como si de una sola disposición se tratara. En otras palabras, no existe razón jurídica para que alguna autoridad aduzca que lo estrecho del reconocimiento es la disposición Constitucional Federal. En ese sentido, respetando el contenido del artículo primero constitucional que obliga a respetar y promover los derechos de la Constitución Federal y los de los tratados internacionales, los poderes Ejecutivo y legislativo de los gobiernos federal y de los Estados, tienen el deber de reglamentar el derecho de tal manera que pueda ejercerse.

Dentro de la reglamentación debe quedar claro que los sujetos a consultar son los pueblos y las comunidades indígenas; por tanto no es válido convocar reuniones de grupos indígenas o personas concedoras del tema que sean, para realizar consultas; que las instituciones obligadas a consultar son los órganos del Estado, y no puede delegar esa responsabilidad en instituciones privadas, ni aún en las empresas a las que haya concesionado los recursos naturales o la realización de alguna obra; la materia de la

consulta –todos los actos que puedas afectarlos- y el objeto de la consulta –obtener el consentimiento o llegar a acuerdos- deben estar claros para los consultados antes que se realice, lo mismo que el procedimiento para llevarla a cabo, que mínimamente debe incluir lugar y fecha, legua en que se consultará y forma de consultar; finalmente los posibles resultados de la consulta –aprobación, negación, aprobación parcial, aprobación condicionada de las acciones consultadas- y lo que se hará con ellos.

Mientras esto no suceda, los pueblos y las comunidades indígenas que consideren que sus derechos reconocidos en el derecho mexicano e internacional pueden seguir apelando al derecho internacional, como hasta ahora se encuentra, con sus alcances y limitaciones. En todo caso no se puede olvidar que los megaproyectos como los actos de gobierno que violan sus derechos, también son espacios de disputa de sectores sociales con intereses distintos y a veces contrarios; por lo mismo, aunque no tengan razón sus adversarios echarán mano de todo lo que esté a su alcance para no perder. Por lo mismo el derecho muchas veces resultará insuficiente por sí mismo y será necesario –como ya lo hacen varios pueblos- de echar mano de otros instrumentos como la movilización social y la denuncia política.