

El derecho a la consulta de los pueblos indígenas:
una propuesta de sistematización para el caso mexicano

*The right to consultation of indigenous peoples:
a systematization proposal for the Mexican case*

Carlos LÓPEZ CÓRDOVA VELASCO*
Pierre GAUSSENS**

RESUMEN: Este artículo tiene como propósito sistematizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas para el caso mexicano. Mediante el análisis jurídico de sus fuentes, tanto normativas como jurisprudenciales, a nivel nacional e internacional, propone una sistematización que presenta los elementos centrales del derecho a la consulta. El principal aporte radica en una propuesta de tipología sobre los principios de este derecho, mientras que el resultado más relevante se refiere al problema fundamental que plantea su aplicación, con respecto al consentimiento de las comunidades consultadas.

Palabras clave: derecho a la consulta, indígenas, consentimiento, México.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to systematize the right to consultation of indigenous peoples for the Mexican case. Through the legal analysis of its sources, both normative and jurisprudential, at the national and international level, it proposes a systematization that presents the central elements of the right to consultation. The main contribution lies in a typology proposal on the principles of this right, while the most relevant result refers to the fundamental problem posed by its application, about the consent of the communities consulted.*

Keywords: *right to consultation, indigenous, consent, Mexico.*

* Abogado en Malpica, Iturbe, Buj & Paredes Abogados (México). Licenciado en derecho por la Universidad Panamericana y maestro en estudios latinoamericanos por la Universidad de Salamanca, España. Correo: carloslopezcordova@gmail.com.

** Profesor-investigador en el Centro de Estudios Sociológicos de El Colegio de México. ORCID: 0000-0003-2936-402X. Correo: pgaussens@colmex.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fuentes del derecho a la consulta*. III. *Titularidad y representación jurídica*. IV. *Objeto de la consulta*. V. *Autoridades obligadas*. VI. *Principios*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Fuentes bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la consulta ha sido un derecho con una gran actualidad política en México. En varias regiones del país, se han desatado conflictos socioambientales entre comunidades locales, gobiernos y empresas por proyectos de desarrollo, inversión e infraestructura, en particular relacionados con industrias energéticas y extractivas para la explotación de recursos naturales. Para sólo mencionar algunos casos, entre los más emblemáticos, se encuentran el Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, la minera san Xavier, el Tren Maya, el Corredor Interoceánico del Istmo de Tehuantepec, el Acueducto Independencia, la central termoelectrica de Huexca o el Tren México-Toluca, entre otros (Azamar y Rodríguez, 2020). En varios de estos casos, las comunidades afectadas son indígenas, y en algunos de ellos, el conflicto se ha judicializado, poniendo a prueba el derecho a la consulta de los pueblos indígenas. En otros, se han llevado a cabo procesos de consulta sumamente controvertidos, señalados por no haber sido conforme a derecho.

Es en este contexto que se inscribe el presente trabajo. Tiene como objetivo sistematizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el caso mexicano. Su metodología se basa en el análisis jurídico de las fuentes del derecho, tanto normativas como jurisprudenciales, a nivel nacional e internacional, y se apoya en una revisión documental complementaria sobre la doctrina jurídica especializada en la materia que ha permitido la introducción de comentarios hechos desde la doctrina cuando sea pertinente. En este sentido, nuestro trabajo se enmarca en un esfuerzo colectivo por delimitar los alcances del derecho a la consulta en México y América Latina, en diálogo con otros trabajos de investigación (Morris, 2009; Ameller, 2012; Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez, 2019). Propone una sistematización que presenta los elementos sustantivos del derecho a la consulta, mismos que articulan el índice del texto en el siguiente orden: las fuentes, la titularidad y su representación jurídica, el objeto, las autoridades obligadas y los principios rectores. Cada uno de estos elementos y

principios será analizado a partir de las fuentes del derecho a la consulta, yendo de las fuentes internacionales a las nacionales, y de las normativas a las jurisprudenciales.¹ Finalmente, el principal aporte del trabajo radica en una propuesta de tipología sobre los principios del derecho a la consulta, mientras que el resultado más relevante se refiere al problema fundamental que plantea su aplicación práctica, con respecto al consentimiento de las comunidades consultadas.

II. FUENTES DEL DERECHO A LA CONSULTA

En México, no existe un código o *corpus* en el que se encuentre regulado de manera integral y sistemática el derecho a la consulta. Con distintos matices, sí lo hay en el caso de Argentina, Costa Rica, Colombia, Chile, Ecuador, Panamá, Paraguay y Perú. Es común, sin embargo, que la regulación de este derecho se encuentre dispersa en distintas normas. Esta disgregación se debe a que se trata de un derecho al que informan distintas fuentes, unas de origen internacional y otras de índole doméstico, algunas de ellas normativas y otras jurisprudenciales. Por lo tanto, proporcionar un concepto del derecho a la consulta es difícil, en la medida en que los elementos que contribuyen a su definición no se hallan ellos mismos delimitados. Se trata de elementos, además, que están en constante evolución, sobre todo en la jurisprudencia. En términos generales, hay dos grandes maneras de definir el derecho a la consulta: de manera positiva o negativa, es decir, como derecho o como obligación.

Como derecho, desde el punto de vista de su titular, podemos definir el derecho a la consulta como aquél que tienen los pueblos y comunidades indígenas a que los Estados lleven a cabo con sus instancias representativas procesos de consulta en los que se someta a su consideración todo proyecto de desarrollo o medida susceptible de afectarles significativamente. Esta definición preliminar, no obstante, puede resultar controvertida debido a que no hace una referencia explícita a la necesidad de la obtención del consentimiento de las comunidades consultadas. Si no lo hace, es porque existen discrepancias al respecto entre las diversas fuentes del derecho, como veremos hacia el final del texto y sus conclusiones.

¹ No se incluyen en este análisis el derecho comparado, ni las leyes de las entidades federativas. Asimismo, los casos de repetición u omisión de una fuente sobre un aspecto particular del derecho a la consulta serán obviados.

Para comprender más fácilmente qué es el derecho a la consulta, es posible aproximarnos desde la obligación que le es correlativa. La consulta es, desde esta perspectiva, un deber de los Estados ante los pueblos y comunidades indígenas que se encuentran en el territorio nacional. El tratado internacional que reconoce esta obligación es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Sin duda, se trata de la fuente más importante del derecho a la consulta. Es un tratado internacional, aprobado en 1989 y ratificado el año siguiente por México. Sucesor del Convenio 107, se trata de la principal referencia en materia de derechos de los pueblos indígenas, ya que en su proceso de revisión participaron, no sólo la Conferencia Internacional del Trabajo, sino también organizaciones patronales y sindicales y, sobre todo, representantes de los pueblos indígenas (y tribales) de todo el mundo. El Convenio 169 tiene dos postulados básicos: el derecho de los pueblos a mantener y fortalecer sus culturas, y el de participar de manera efectiva en la toma de decisiones que los afecten.

Además de este tratado, aunque no sean fuentes del derecho por no ser convenciones, son relevantes la Declaración de las Naciones Unidas y la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (de ahora en adelante, la Declaración ONU y la Declaración Americana, respectivamente), así como otros informes, relatorías y recomendaciones de organismos internacionales. En este sentido, los instrumentos internacionales cuya naturaleza no sea la de un tratado —como es el caso de ambas declaraciones— no forman parte del ordenamiento jurídico interno, por no tratarse de documentos jurídicos con fuerza vinculante. No obstante, no por ello dejan de ser importantes en materia de derechos, en este caso, de los pueblos indígenas y del derecho a la consulta.

En efecto, la Declaración de la ONU es un documento de suma relevancia ya que constituye el marco jurídico sobre el que el sistema internacional público trabaja en materia de derechos de los pueblos indígenas. Adoptada en 2007 por la Asamblea General de la ONU en su resolución 61/295, es la base para la agenda de trabajo de las relatorías de derechos humanos en los países del mundo, y el documento a partir del cual los comisionados y grupos de trabajo hacen observaciones y recomendaciones. Marca el rumbo que han de seguir los ordenamientos jurídicos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas.

Por su lado, la Declaración Americana fue aprobada por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) en 2016,

como producto del trabajo realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Este último fue similar al realizado por la OIT, con la participación para su elaboración de representantes de los gobiernos, de los pueblos indígenas, de organizaciones no gubernamentales y de académicos. Por tratarse de un documento relativamente reciente, no aparece citado en la mayoría de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). La Declaración Americana reconoce el derecho a la consulta en los mismos términos que el Convenio 169 y la Declaración ONU.

A nivel nacional, la Constitución establece, en su artículo 2o., apartado B, fracción IX, que es obligación del Estado consultar a los pueblos indígenas en la elaboración de los planes de desarrollo federal, estatal y municipal y, en su caso, incorporar las recomendaciones que realicen. Aunque este reconocimiento es limitado y bastante más restringido en comparación con el Convenio 169, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 133 y 1o. constitucionales, los tratados internacionales en materia de derechos humanos no solamente forman parte del ordenamiento jurídico, sino que “son la Ley Suprema de toda la Unión” (federal), y que debe favorecerse en todo momento la protección más amplia, con lo cual el Convenio 169 es de aplicación directa en materia de consulta. No obstante, luego de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) impuso una seria limitación a la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos al señalar que, si bien los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de regularidad constitucional, cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, ésta debe prevalecer.²

El cuarto párrafo del artículo 2o. constitucional establece que el reconocimiento de los pueblos indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas. Sin embargo, en 2018, solamente dieciocho de los treinta y dos estados habían incorporado en su Constitución alguna previsión sobre el derecho a la consulta (Gutiérrez Rivas y

² “Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.” (Tesis P./J. 20/2014 (10a.), Décima Época, Pleno de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro 5, abril de 2014, tomo I, página 202, localización 2006224).

del Pozo Martínez, 2019, p. 30). Por otro lado, algunas leyes contienen disposiciones que obligan a las autoridades a llevar procesos de consulta. A nivel federal, por lo general, son las normas de derecho administrativo que sirven de sustento para las obras de infraestructura y los proyectos de desarrollo, las que establecen la obligación de llevar a cabo una consulta, tales como: la Ley de Planeación, la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Bioseguridad en Organismos Genéticamente Modificados o la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, entre otras. Sin embargo, las referencias a la consulta que contienen estas leyes son dispersas, pobres y repetitivas, por lo que no nos ocuparemos de ellas. Finalmente, es importante notar que no existe una ley de consulta como tal. Las iniciativas de ley han sido numerosas en la materia,³ pero ninguna prosperó.

Una última fuente se encuentra en el Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas (de ahora en adelante, el Protocolo), aprobado en 2013 por la extinta Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) como una guía práctica que ha sido utilizada de vez en cuando por instancias federales y locales para diseñar procesos de consulta. El Protocolo tiene como propósito que las consultas se lleven a cabo conforme a los estándares del Convenio 169. Su principal utilidad consiste en proponer un procedimiento que se ajusta a dichos estándares.⁴

Las fuentes jurisprudenciales, finalmente, se dividen entre las internacionales y las nacionales. En el primer nivel se encuentran las sentencias que dicta la Corte IDH en los casos contenciosos y que son obligatorias para las partes en conflicto. En principio, no son vinculantes para los Estados que aceptaron su competencia contenciosa, pero que no fueron parte en dichos casos, es decir, no existe una norma o precedente que en forma clara establezca que las sentencias dictadas por la Corte sean obligatorias para todos los Estados, ni tampoco que sean vinculantes para la

³ Como ejemplos, véase el “Informe final de la consulta sobre el anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas” (CDI, 2011) y, más recientemente, la “Iniciativa que expide la Ley General de Consulta a los Pueblos y Comunidades Indígenas”, a cargo del diputado Armando Contreras Castillo, del grupo Parlamentario Morena, dado en el Recinto Legislativo de San Lázaro a 13 de septiembre de 2018.

⁴ Otro instrumento guía es la Recomendación General núm. 27, emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en 2016: “Sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana.”

propia Corte en los casos subsecuentes. No obstante, la Corte IDH suele resolver estos últimos conforme a los criterios que ha sostenido con anterioridad, a menos de que existan circunstancias particulares al caso que motiven una decisión distinta. Así lo demuestran las sentencias que ha dictado a lo largo del tiempo, en el que es identificable una uniformidad y coherencia de conjunto (CIDH, 2009). Sobre la consulta en especial, la Corte IDH ha fijado precedentes que se refieren a distintos aspectos de su derecho. Las sentencias más importantes en la materia son tres, sobre los siguientes casos: el Pueblo Saramaka contra Surinam (2007), el Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (2012) y las comunidades Garífuna de Punta Piedra y Garífuna Triunfo de la Cruz contra Honduras (2015).

Asimismo, a nivel nacional, las sentencias de mayor relevancia en la materia que ha dictado la SCJN son las siguientes:

<i>Expediente (amparos en revisión)</i>	<i>Sala</i>	<i>Comunidad(es)</i>	<i>Materia de la controversia</i>	<i>Autoridad(es)</i>
781/2011	Segunda	Rarámuris de Chihuahua	Creación del fideicomiso “Barrancas del Cobre” para un desarrollo turístico en la Sierra Tarahumara	Varias del estado de Chihuahua
631/2012	Primera	Yaqui	Construcción del Acueducto Independencia	Semarnat Profepa
198/2015 499/2015 500/2015 921/2016	Segunda	Mayas	Autorización a la empresa Monsanto para el cultivo de soya transgénica	Congreso de la Unión Semarnat
213/2018 600/2018 601/2018	Primera	Zapotecas del Istmo de Tehuantepec	Construcción de un parque eólico	Secretaría de Energía y otras
365/2018	Segunda	Bacánuchi	Construcción de una presa para la minera Buenavista del Cobre	Semarnat

Una vez presentadas las distintas fuentes que contienen normas relativas al derecho a la consulta, a continuación, analizaremos los elementos sustantivos que lo componen, acerca de su titularidad, su objeto, sus obligaciones y principios.

III. TITULARIDAD Y REPRESENTACIÓN JURÍDICA

Al referirse al titular del derecho a ser consultado, las fuentes se ocupan de dos cuestiones principalmente: *i)* de la identificación del sujeto y *ii)* de su representación jurídica. Con respecto al primer punto, se trata de identificar a los pueblos, comunidades y personas indígenas potencialmente afectadas. Por lo tanto, esta identificación opera en una doble dimensión, a nivel colectivo, como pueblos y comunidades, y a nivel individual, como personas. En el primer plano, se hace a partir de elementos objetivos, como son la cohesión política y cultural de la colectividad, su continuidad histórica y su diferenciación de otros sectores de la sociedad, mientras que a nivel individual, se basa en un criterio subjetivo: basta que una persona se autoidentifique como indígena, en relación con un pueblo o una comunidad para que tenga los atributos objetivos mencionados (González Galván, 2018).

El Convenio 169 define a los pueblos indígenas como aquellos que descienden de las poblaciones que habitaban en la región al momento de la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras y que, además, han conservado total o parcialmente sus instituciones sociales, políticas, económicas y culturales. Tanto en el plano colectivo como individual, la autoidentificación es considerada por el Convenio como un criterio fundamental para determinar qué grupos y personas son indígenas. También lo considera así la Declaración Americana, al retomar el criterio del Convenio.

En el ordenamiento jurídico mexicano, los criterios de identificación son los mismos que en las fuentes internacionales. La Constitución también define a los pueblos indígenas como “aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”. Asimismo, reconoce la importancia de la autoadscripción al señalar que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”. Con respecto a las comunidades indígenas que componen estos últimos, el artículo 2o. las define como aquellas que *i)* forman una unidad social, económica y cultural, *ii)* se encuentran asentadas en un territorio y que *iii)* reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. No obstante, queda por resol-

ver el problema de identificar a los pueblos y comunidades indígenas de manera concreta, a efecto de asignarles derechos y obligaciones. Como ya dijimos, la Constitución confiere esta facultad de reconocimiento a las entidades federativas, que deben hacerlo a nivel de sus constituciones y leyes, tomando en consideración los principios establecidos en el artículo 2o. constitucional, así como criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico. Finalmente, cabe indicar que la jurisprudencia de la SCJN ha ratificado la autoadscripción como criterio fundamental, precisando que ello no encierra ambigüedad alguna.⁵

Con respecto al segundo punto, relativo a la representación del sujeto, las fuentes distinguen dos casos, diferenciando a quién ostenta la representación de un pueblo o una comunidad para efectos de promover un medio de defensa de sus derechos, por un lado, de las instancias representativas en el contexto de un proceso de consulta por el otro. En el primer caso, las fuentes indican que cualquier miembro de un pueblo indígena puede acudir ante los tribunales para promover en su representación. En el segundo caso, la representación de un pueblo o una comunidad dentro de un proceso de consulta es ostentada solamente por sus instituciones representativas, mismas que han sido designadas como autoridades de acuerdo con los sistemas normativos internos al pueblo o la comunidad, o bien han sido acordadas con las instancias gubernamentales para fungir como tales en la primera etapa del proceso de consulta. Estas instituciones representativas son previstas por el Convenio 169 en su artículo 6o. La Declaración ONU precisa que éstas deben ser elegidas por los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con sus propios procedimientos, señalando, además, que ellos tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones. Lo mismo sostiene la Declaración Americana.

A nivel jurisprudencial, la SCJN reiteró que la necesidad de que los procesos de consulta se lleven a cabo con las instituciones representativas del pueblo o la comunidad constituye uno de los dos requisitos para que una consulta pueda ser considerada como culturalmente adecuada (uno de los principios de este derecho, como veremos más adelante). Asimismo, en cuanto a los medios de defensa, cualquier integrante de un pueblo o co-

⁵ “Personas indígenas. Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Autoadscripción” (Tesis aislada, Novena Época, Primera Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis: 1a. CXXII/2009, Tomo XXX, página 291, diciembre de 2009, localización 165718).

unidad puede promover un juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos.⁶

IV. OBJETO DE LA CONSULTA

El aspecto medular del derecho a la consulta es, sin duda, el objeto de la consulta: ¿qué es lo que se somete a consideración? ¿Ante qué proyecto o medida debe consultarse? La respuesta es, en principio, sencilla: debe consultarse al pueblo o comunidad cuando se hayan de adoptar decisiones que afecten sus derechos. Pero ¿sólo debe consultarse cuando se afecte su esfera jurídica? ¿Están sus territorios dentro de esta última? ¿Cualquier potencial afectación acarrea la obligación del Estado de consultar? El objeto de la consulta está delimitado de una manera general en las fuentes internacionales, con una regla compartida, tanto por el Convenio 169 como por la Declaración de la ONU y la Declaración Americana, que señala que los Estados tienen la obligación de llevar a cabo procesos de consulta con los pueblos indígenas cuando se haya de tomar una medida que pueda afectar sus derechos. Estas tres fuentes también contienen artículos particulares que enuncian algunos casos concretos de posibles afectaciones que requieren de manera obligatoria una consulta y, en pocos casos, un consentimiento.

Como regla general, el Convenio 169 establece en su artículo 6o. la obligación de consultar a los pueblos y comunidades indígenas cada vez que se prevean “medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.” También contempla algunos casos concretos. En su artículo 15, precisa que la consulta es obligatoria en el caso de proyectos de explotación de los recursos naturales presentes en las tierras y el subsuelo donde viven pueblos indígenas, y, en su artículo 17, en el caso de que sea revisada “a nivel normativo la capacidad de los pueblos y de sus miembros de enajenar sus tierras o transmitir los derechos sobre la misma a una persona que no pertenezca a la comunidad”. Además, en su artículo 28, el Convenio establece la obligación de consulta en el caso de

⁶ “Comunidades y pueblos indígenas. Cualquiera de sus integrantes puede promover juicio de amparo en defensa de los derechos fundamentales colectivos”. (Tesis aislada, Décima Época, Primera Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XXIII, agosto de 2013, Tomo 1, página 735, tesis 1a. CCXXXV/2013 (10a.), localización 2004169).

que el Estado no pueda “procurar que se enseñe a los niños de los pueblos indígenas a leer y escribir en su idioma [...] para determinar qué medidas pueden alcanzar ese objetivo.” Finalmente, en su artículo 16 —de igual manera que el artículo 10 de la Declaración ONU—, obliga no sólo a la consulta sino al consentimiento en el caso de la necesidad de un desplazamiento de población.

Junto con la regla general anteriormente enunciada, la Declaración ONU contempla dos casos concretos en los que es obligatoria la consulta. En su artículo 32, reitera la obligación establecida por el artículo 15 del Convenio 169, sobre todo en el caso de la extracción de recursos naturales, y, en comparación con el Convenio, amplía la obligación de consulta al caso de actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, en su artículo 30. A los casos anteriores, la Declaración Americana añade dos más. En su artículo XXVIII, obliga el Estado a la consulta antes de adoptar medidas de protección del patrimonio cultural de los pueblos indígenas, mientras que en su artículo XVIII, señala que estos últimos no pueden ser objeto de programas de investigación o esterilización sin su consentimiento.

Ahora bien, más que en las fuentes normativas, es en las jurisprudenciales que se encuentran los mayores desarrollos con respecto al objeto de la consulta. En este sentido, los criterios de la Corte IDH han evolucionado hasta llegar a la elaboración del estándar de los impactos significativos. El caso de obligada referencia en la materia es el del Pueblo Saramaka contra Surinam. En concreto, la Corte IDH considera que debe consultarse a los pueblos y comunidades indígenas cuando sea amenazado el acceso a los recursos naturales del territorio que ocupan tradicionalmente, ya que cualquier limitación a dicho acceso significa comprometer su subsistencia cultural y económica. No obstante, la Corte indica al mismo tiempo que no toda actividad de exploración o explotación de los recursos naturales afecta de igual manera y en grado relevante el derecho de los pueblos al uso y goce de estos recursos: habrá actividades que les afecten en mayor o menor grado, y algunas que simplemente no les afecten, dependiendo de lo anterior la obligación o no de una consulta.

De esta manera, en el mencionado precedente, la Corte IDH fija el punto de partida sobre cuándo existe la obligación de consultar a los pueblos indígenas: cuando se haya de aprobar una medida que afecta potencialmente sus derechos territoriales en forma tal que amenace su subsistencia

económica o cultural. Con este criterio —reiterado en otros de sus precedentes—, la Corte reconoce la existencia de afectaciones indirectas a los derechos territoriales de los pueblos, con base en una prueba de proporcionalidad que analiza si una determinada afectación es o no convencional, es decir, ajustada o no a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así puede considerarse si una posible afectación implica una denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo y de sus integrantes.

La SCJN ha seguido esta misma línea. Un primer avance importante hacia el estándar de los impactos significativos se dio con la sentencia dictada en el caso del amparo en revisión 198/2015, en la que es reconocida la utilidad del criterio desarrollado por la Corte IDH. En relación con este último, han sido identificados como impactos significativos: *i*) la pérdida de territorios y tierra tradicional; *ii*) el desalojo; *iii*) el posible reasentamiento; *iv*) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; *v*) la destrucción y contaminación del ambiente; *vi*) la desorganización social y comunitaria; e *vii*) impactos negativos sanitarios. Un año después, en 2016, la SCJN adoptó definitivamente el estándar de los impactos significativos al desarrollarlo en un criterio aislado,⁷ en el que propone una lista abierta de casos en los que existe una potencial afectación que debe ser consultada. A su vez, la SCJN ha sido enfática en señalar, por un lado, que el listado queda abierto y, por el otro, que las autoridades deben atender al caso concreto para analizar si el acto impugnado puede impactar en forma significativa las condiciones de vida, lo que sólo puede hacerse mediante un análisis casuístico.

Finalmente, en parte resultado de esta jurisprudencia, el Protocolo contiene un listado de casos —cercano al de la SCJN— en los que se entiende que existen impactos significativos, limitando la posibilidad de que éstos se relacionen con “actividades de extracción de recursos” (dejando fuera otros proyectos de gran escala no extractivos). Para cada caso, el protocolo propone elaborar una matriz de impactos positivos y negativos, de medidas de mitigación y de acuerdos, para así delimitar el objeto de la consulta e identificar tanto las comunidades potencialmente afectadas

⁷ “Pueblos y comunidades indígenas. En su derecho a ser consultados, el estándar de impacto significativo constituye elemento esencial para que proceda.” (Tesis aislada, Décima Época, Segunda Sala de la SCJN, visible en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 31, junio de 2016, Tomo II, página 1213, tesis 2a. XXVII/2016 (10a.), localización 2011957).

como las instancias gubernamentales implicadas. Este último punto es el que trataremos a continuación.

V. AUTORIDADES OBLIGADAS

En este apartado, analizaremos cuáles son las autoridades gubernamentales obligadas a llevar a cabo los procesos de consulta. Cuando exista algo mencionado al respecto, nos ocuparemos también del papel que en estos procesos corresponde a otros actores, como son organizaciones sociales, representantes de los pueblos afectados, así como empresas involucradas en los proyectos de desarrollo.

La Declaración ONU, en sus artículos 17, 19 y 30, refiere que es obligación de los Estados celebrar las consultas con los pueblos indígenas, al igual que la Declaración Americana en sus artículos XVIII, XX, XXIII y XXIX. El Convenio 169, por su lado, se refiere a los gobiernos a lo largo de su texto, entendidos como los representantes de los Estados.

El artículo 2o. de la Constitución señala que la obligación de consultar a los pueblos indígenas en la elaboración de los planes de desarrollo corresponde a la federación, a los estados y los municipios. Esta participación de los tres niveles de gobierno se ve reflejada en el diseño del Protocolo, con la previsión de una serie de órganos encargados de la consulta que han de ser conformados, de manera conjunta, por autoridades federales, estatales y municipales.

A nivel jurisprudencial, la Corte IDH refiere en todos sus precedentes que la obligación de llevar a cabo procesos de consulta corresponde al Estado. Un pronunciamiento importante con respecto al papel de las empresas en los procesos de consulta se encuentra en el caso del pueblo indígena Kichwa de Sarakayu contra Ecuador, cuyo precedente señala que la consulta no es un deber que pueda delegarse a una empresa privada o a terceros y, mucho menos, a la empresa interesada en la realización del proyecto en cuestión.

A nivel nacional, la SCJN ha sostenido criterios que se complementan y de los que se desprende, fundamentalmente, que todas las autoridades que emitan medidas que pueden causar un impacto significativo, o relacionarse con un proyecto de desarrollo a gran escala, están obligadas, en el ámbito de sus competencias, a llevar a cabo procesos de consulta. Además, la SCJN ha reconocido que la principal autoridad competente para llevar

a cabo estos procesos es el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas (INPI) (antes CDI).⁸

Debe tomarse en consideración que, en la mayoría de los casos, una medida o un proyecto objeto de consulta no involucra únicamente a una instancia, sino a varias dependencias, cada una en el ámbito de sus competencias, por lo que se trata a menudo de unos complejos andamiajes jurídicos. Este desafío busca ser atendido por el Protocolo al identificar, además de las comunidades indígenas, cuatro instancias dentro de todo proceso de consulta: *i)* la Autoridad Responsable, *ii)* el Órgano Técnico, *iii)* el Órgano Garante y *iv)* el Comité Técnico Asesor.

La figura de la autoridad responsable reúne las dependencias de gobierno involucradas en la medida o el proyecto objeto de la consulta. La identificación de estas dependencias debe hacerse conforme al derecho administrativo, tomando en cuenta los actos que han de celebrar para la adopción de la medida o la realización del proyecto (autorizaciones, permisos, concesiones, contratos, etcétera).

El Órgano Técnico es aquél a cargo de la atención a las comunidades para brindarles asistencia en el proceso de consulta. A nivel federal, corresponde fungir como tal al INPI, mientras que, a nivel estatal, existen dependencias especializadas en materias de pueblos indígenas, que son las que han de participar en dicho órgano. Por lo general, el INPI actúa en coordinación con sus correlativos locales. En el caso que se trate de una medida legislativa, ambas cámaras del Congreso de la Unión cuentan con una Comisión de Asuntos Indígenas, al igual que la mayoría de las legislaturas de los estados.

El Órgano Garante opera como un veedor que observa el proceso de consulta. Además de vigilarlo, da fe de su legalidad y puede fungir como mediador en los conflictos que surjan entre las partes. El protocolo indica que este papel puede ser asumido por la Comisión Nacional de Derechos Humanos o la comisión estatal correspondiente, así como la Subsecretaría de Derechos Humanos de la Secretaría de Gobernación. Dependiendo de

⁸ Es razonable pensar que los pronunciamientos de la SCJN en torno al papel de la extinta CDI se entiendan ahora referidos al INPI, no sólo por tratarse de la misma institución, sino porque la ley del nuevo Instituto establece entre sus atribuciones la de “ser el órgano técnico en los procesos de consulta previa, libre e informada, cada vez que se prevean medidas legislativas y administrativas en el ámbito federal, susceptibles de afectar los derechos de los pueblos.”

la magnitud del proyecto, pueden participar en este órgano algunos representantes de organismos internacionales.

Finalmente, el Comité Técnico Asesor de la consulta está integrado por personas, instituciones u organizaciones cuya asesoría resulte de utilidad. Para su conformación, este comité debe mantener un equilibrio entre miembros de los pueblos indígenas, del sector académico, de organizaciones no gubernamentales y de las instituciones del Estado. La principal misión de este comité es velar por el principio de adecuación cultural, uno de los principios que rigen el derecho a la consulta y que revisaremos en el siguiente apartado.

VI. PRINCIPIOS

Existen principios que deben orientar la actuación de la autoridad responsable al implementar una consulta, y que constituyen los ejes rectores sobre los que debe descansar su proceso. Estos principios están reconocidos en las fuentes internacionales (Yáñez y Silva, 2014), pero se han ido configurando y modulando en el quehacer jurisdiccional de la Corte IDH y de la SCJN. Debido a la relativa falta de consenso en la materia, proponemos aquí la siguiente tipología: toda consulta debe ser *i)* previa, *ii)* libre de injerencias y de buena fe, *iii)* informada, *iv)* culturalmente adecuada y *v)* con miras a llegar a un acuerdo.

De esta forma, nuestra manera de agrupar y entender los principios del derecho a la consulta difiere de otras interpretaciones doctrinales. Por ejemplo, se distingue de la propuesta de Morris *et al.* (2009) por agrupar la libertad de injerencias y la buena fe en un solo principio y, en cambio, separar la finalidad de la obtención del acuerdo como principio aparte, dado que, si bien este último objetivo se deriva de la buena fe, consideramos que el consentimiento representa la cuestión más problemática del derecho a la consulta —como lo plantearemos en nuestras conclusiones—, lo que hace que amerite un tratamiento sustantivo. Nuestra propuesta también se justifica por el hecho de que los precedentes de la Corte IDH y de la SCJN se refieren a la libertad al hablar de la buena fe, y porque la finalidad de llegar a un acuerdo es consecuencia de esta última.

Aclarado lo anterior, revisaremos ahora los principios de la consulta siguiendo las fuentes de su derecho. Este ejercicio permitirá al lector tener una visión transversal sobre cada uno de estos principios, advertir —si las

hay— algunas diferencias de tratamiento y, así, poder evaluar la pertinencia de nuestra propuesta.

1. *Previa*

Para que un proceso de consulta sea previo, debe llevarse a cabo en la fase exploratoria o de planificación del proyecto o de la medida, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución y explotación. Como lo señalan Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez (2019, p. 13), varios organismos han expresado que las comunidades deben participar lo antes posible, incluso en la realización de los estudios de impacto ambiental. Este principio cobra especial relevancia si se toma en consideración que muchas de las medidas o proyectos que afectan a los pueblos indígenas se deciden antes de establecer contacto con las comunidades directamente afectadas. Así, en el caso de grandes proyectos de desarrollo, es común que los permisos, concesiones y manifestaciones de impacto ambiental se emitan antes de que exista comunicación alguna con los pueblos y comunidades.

La Declaración ONU reconoce el carácter previo de la consulta en su artículo 19 de manera general, la Declaración Americana en su artículo XXIII y el Convenio 169 en su artículo 15.

Sin embargo, en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH ha señalado que la consulta no debe ser necesariamente previa a todos y cada uno de los actos administrativos y legislativos que hacen jurídicamente viable un proyecto determinado, sino que las comunidades deben ser consultadas “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.” Este criterio fue reiterado por la Corte en el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador (2012), al explicar que el propósito de este principio es que “el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.” En este sentido, el carácter previo de la consulta tiene una íntima relación con su calidad de informada, ya que de nada serviría conocer los posibles beneficios y riesgos a posteriori. Finalmente, en el caso de las comunidades Garífuna de Punta Piedra y Garífuna Triunfo de la Cruz contra Honduras, la Corte señaló que “estos procesos de diálogo

y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas o tribales puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”.

Por su lado, la SCJN, al resolver los amparos en revisión 198/2015 y 921/2016, señaló que toda consulta debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución, “ya que el aviso oportuno a los pueblos les proporciona tiempo para la discusión dentro de las comunidades, permitiéndoles brindar una respuesta adecuada a las partes involucradas”. Un posicionamiento aún más reciente y claro es el plasmado en las sentencias dictadas por la Primera Sala en los amparos en revisión 213/2018, 600/2018 y 601/2018, en las que la SCJN estableció un estándar o conjunto de requisitos que una consulta debe cumplir para que pueda considerarse como previa, a saber: 1) que se realice lo antes posible, entendiendo que sea en las primeras etapas del proyecto; 2) con un tiempo adecuado para la discusión, es decir, con suficiente antelación para que ésta resulte efectiva y significativa; y, 3) antes de tomar la medida o realizar el proyecto, es decir, antes de cualquier acto de ejecución.

2. Libre de injerencias y de buena fe

La libertad como principio rector de todo proceso de consulta es una proyección al ámbito colectivo de la ausencia de vicios en el consentimiento que rige toda manifestación de voluntad en derecho. Se entiende que la voluntad expresada por un sujeto colectivo —en este caso, los pueblos y comunidades indígenas— debe otorgarse también en ausencia de estos vicios, es decir, en libertad. Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez (2019) advierten que un requisito fundamental consiste en asegurar condiciones de seguridad y transparencia para la realización de la consulta, lo que implica que sus procedimientos se lleven a cabo sin coerción, intimidación, ni manipulación. La buena fe, señalan, tiene como objetivo establecer un diálogo genuino, para lo cual debe propiciarse una atmósfera de respeto y reconocimiento mutuo que permita llegar a acuerdos comunes.

La Declaración ONU reconoce el principio de libertad y buena fe de la consulta en su artículo 19, y la Declaración Americana en su artículo

XXIII. Asimismo, el Convenio 169 reconoce el principio de libertad en su artículo 16 y el de buena fe en su artículo 6o.

A lo largo de sus sentencias, la Corte IDH se refiere a los principios de libertad y buena fe al citar los supuestos en los que conforme al Convenio 169, debe ser instrumentada una consulta previa, libre e informada. En el caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku contra Ecuador, la Corte señaló que la consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas. En este sentido, es inherente a toda consulta la construcción colectiva de un clima de confianza mutua, la buena fe exigiendo la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de terceros que actúan con su aquiescencia. Por lo que se refiere a la buena fe, en el mismo caso, la Corte IDH ha señalado que es incompatible con intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea mediante la corrupción de dirigencias sociales, el fomento de liderazgos paralelos o el inicio de negociaciones con miembros individuales de las comunidades.

Al resolver el amparo en revisión 198/2015, la SCJN se refirió a la buena fe como un principio relacionado con la libertad de injerencias y actos coercitivos por parte del Estado o de terceros. Para cumplir con este principio, señaló que las consultas “deben llevarse a cabo fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada, por lo que el proceso requiere el establecimiento de un clima de confianza mutua entre las partes”. Este criterio se encuentra reiterado en las sentencias dictadas en los amparos en revisión 499/2015, 500/2015 y 921/2015.

Finalmente, el Protocolo entiende la buena fe como “la obligación del Estado de realizar la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta y llegar a los acuerdos necesarios con los pueblos indígenas sin que se les pretenda engañar o brindar información sesgada o parcial.” Lo último nos conduce entonces al siguiente principio de la consulta: su carácter informado.

3. *Informada*

Gutiérrez Rivas y Del Pozo Martínez (2019) explican la necesidad de que la consulta sea informada, refiriendo que es frecuente en este tipo de procesos que haya una cantidad importante de información y que esta última, además, sea difícil de comprender, debido a lenguajes técnicos ininteligibles o formatos poco entendibles desde las culturas indígenas. Por tal motivo, una consulta informada no puede reducirse a una etapa consistente en una mera entrega de información por parte del Estado, sino que requiere que sean explicados, cuando menos, los siguientes aspectos: *i)* la naturaleza, envergadura, ritmo y alcance del proyecto; *ii)* sus razones u objetivos; *iii)* los lugares que se verán afectados; *iv)* la evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental; *v)* el personal que intervendrá en la ejecución del proyecto, especificando si se generan empleos o no para los miembros de la comunidad, qué instituciones del Estado participan en el proyecto y, de ser el caso, qué empresas, y *vi)* las etapas de ejecución del proyecto.

Por su parte, Morris *et al.* (2009, p. 40) señalan que el Estado debe asegurarse que los miembros de las comunidades tengan conocimiento de los posibles riesgos del proyecto, a fin que estén en posibilidad de juzgar si lo aceptan o no. Para que un pueblo o comunidad indígena pueda decidir si acepta o no un proyecto o una medida, más aún, para que pueda deliberar sobre los términos y condiciones de un eventual acuerdo con el Estado, debe de conocer en forma clara, certera, completa y ordenada los aspectos e implicaciones del objeto de la consulta. Los pueblos y comunidades deben conocer esta información para poder negociar qué aspectos de la medida o proyecto aceptan, cuáles rechazan y cuáles prefieren modificar.

La Declaración ONU reconoce el carácter informado de la consulta en su artículo 19, la Declaración Americana en su artículo XXIII y el Convenio 169 en su artículo 16.

En el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH señaló que el principio de una consulta informada “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”, y que el Estado, asimismo, “debe asegurarse que los miembros del pueblo... tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarro-

llo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria”. Esta postura ha sido reiterada por la Corte IDH al resolver el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarakayu contra Ecuador.

En las sentencias dictadas en los amparos en revisión 198/2015 y 921/2016, la SCJN señala cuáles son los estándares mínimos con que debe cumplir un proceso de consulta. Al ocuparse del carácter informado de la consulta, retoma el criterio de la Corte IDH al establecer que dicho proceso “exige la existencia de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto, incluyendo posibles riesgos ambientales y de salubridad para las comunidades... así como mantener una comunicación constante con las mismas”. Además, en esas sentencias, la SCJN advierte que “el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que toda la información sea comprensible” y que esta última debe ser “proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos”.

Si enumeramos en forma de prueba o estándar los requisitos que las sentencias de la SCJN señala como necesarios para que una consulta sea informada, tendríamos que ésta debe: *i)* contener información precisa, *ii)* incluir la naturaleza y consecuencias del proyecto, en especial las ambientales y sanitarias, *iii)* ser difundida por el Estado entre las comunidades, *iv)* incluir canales de comunicación entre el Estado y las comunidades, *v)* abarcar la realización de los estudios correspondientes en coordinación con las comunidades, a fin de evaluar los impactos ambientales, sociales y culturales del proyecto, e *vi)* incluir los resultados de esos estudios en la etapa de ejecución del proyecto.

En todo caso, si existiera en alguna medida o proyecto una incompatibilidad entre el principio previo de la consulta y su carácter informado, este problema podría resolverse con la posibilidad —avalada por la SCJN— de que las autorizaciones o permisos sean expedidos en forma condicionada a que se cumplan determinados requisitos, como la conclusión del proceso de consulta y la llegada a un acuerdo antes de iniciar con la ejecución de la actividad autorizada (posibilidad permitida, sea dicho de paso, por la actual legislación ambiental).

4. Culturalmente adecuada

Morris *et al.* (2009, p. 41) señalan que la validez de un proceso de consulta no requiere únicamente que el Estado proporcione información, sino

que ésta sea transmitida en una forma que sea culturalmente adecuada, es decir, tomando en cuenta los valores, concepciones, tiempos, sistemas de referencia e incluso formas de concebir la consulta de los pueblos indígenas. En este mismo sentido, Gutiérrez Rivas y del Pozo Martínez (2019, p. 14) explican que el principio de adecuación cultural implica que los gobiernos, al implementar proceso de consulta, deben: *i)* respetar los procedimientos que utilizan los pueblos y comunidades para tomar sus propias decisiones, *ii)* tomar en consideración qué instituciones o personas son sus autoridades, y *iii)* tener presente cuáles son sus estructuras sociales y cuáles son los mecanismos tradicionales de deliberación con los que cuentan.

El Convenio 169 reconoce el principio de adecuación cultural en su artículo 60., mientras que la Declaración ONU se refiere indirectamente a esta necesidad en su artículo 19.

En el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH señaló que el Estado tiene la obligación de consultar activamente con las comunidades potencialmente afectadas según sus costumbres y tradiciones. La corte ha reiterado este criterio en el caso de las comunidades Garífuna de Punta Piedra y Garífuna Triunfo de la Cruz contra Honduras, para que la consulta tome en consideración los valores, costumbres y formas de organización de las comunidades consultadas.

En las sentencias dictadas en los amparos en revisión 198/2015 y 921/2016, la Segunda Sala de la SCJN ha seguido el criterio de la Corte IDH, al afirmar que las decisiones tomadas por las comunidades indígenas de acuerdo con sus usos y costumbres deben tenerse por válidas y han de ser respetadas. Sus miembros tienen plena libertad de elegir las formas de decisión internas a la comunidad, así como las personas, grupos o instituciones que han de ostentar su representación ante el Estado. Por lo tanto, los gobiernos no pueden objetar la forma en que las comunidades tomen sus decisiones (salvo que violen los derechos fundamentales y políticos individuales). Por último, la adecuación cultural implica que las autoridades utilicen medios idóneos para las comunidades indígenas, de tal manera que la falta de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación no signifique un menoscabo en el goce del derecho a la consulta.

Además, la Primera Sala de la SCJN, al resolver los amparos en revisión 213/2018, 600/2018 y 601/2018, fijó dos condiciones con respecto a la adecuación cultural: *a)* la consulta debe realizarse de acuerdo con las

costumbres y tradiciones de los pueblos y comunidades indígenas, en el respecto de sus propios métodos para la toma de decisiones, y *b*) la representación de los pueblos debe definirse de conformidad con sus propias tradiciones. De esta manera, el principio de la adecuación cultural implica que el proceso de consulta se ajuste a la cultura, el idioma y las dinámicas organizativas de las comunidades consultadas, y que se realice con sus instancias representativas y de conformidad con sus sistemas normativos. En este aspecto, señala con acierto la Primera Sala, cabe recordar que los pueblos indígenas son titulares del derecho a la libre determinación y que, en ejercicio de este derecho, gozan de autonomía para elegir —de acuerdo a sus procedimientos y prácticas— a sus propias autoridades y representantes para el ejercicio de sus derechos políticos. Así entendida, la adecuación cultural es indisoluble del respeto a las instancias representativas de los pueblos indígenas.

5. Con miras a llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento

El último principio que rige los procesos de consulta —según la agrupación que proponemos— es la necesidad de que se lleven a cabo con la finalidad de llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades afectados. Este es, sin duda, el aspecto más polémico del derecho a la consulta.

La Declaración ONU no establece que sea obligación de los Estados obtener el consentimiento en un proceso de consulta, pero sí señala en su artículo 19 que su finalidad radica en obtener el consentimiento. Esta idea del consentimiento solo como finalidad está también contenida en su artículo 32. De acuerdo con la Declaración ONU, se requiere consentimiento sólo en el caso de un desplazamiento de población, tal como está previsto en su artículo 10. Asimismo, el artículo 28 plantea que los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación del daño en caso de que hayan sido privados de sus tierras, territorios y recursos sin su consentimiento.

Como regla general, la Declaración Americana no señala que la obtención del consentimiento previo sea una obligación del Estado, sino únicamente que las consultas deben llevarse a cabo con esta finalidad, en sus artículos XXIII, XVIII y XIX. El artículo XIII, en el mismo sentido que el 28 de la Declaración ONU, obliga a los Estados a una reparación del daño en el caso de una privación de bienes sin un consentimiento pre-

vio. Además, el artículo XVIII establece que los Estados deben prohibir y prevenir la esterilización forzada de personas indígenas, es decir, sin su consentimiento.

Al igual que la Declaración ONU y la Declaración Americana, el Convenio 169 tampoco establece como regla general que sea obligación de los Estados obtener el consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas, sino como finalidad de la consulta (artículo 6o.), salvo en el caso de un desplazamiento (artículo 16).

A nivel nacional, la ley del INPI afirma en su artículo 6 que uno de los principios rectores del Instituto consiste en “garantizar el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado a pueblos y comunidades indígenas”. No obstante, dicha ley no señala expresamente que la obtención del consentimiento sea obligación del Estado, ni prevé mecanismos concretos para hacer efectiva esta garantía, por lo que carece de fuerza. Por su parte, el Protocolo estipula que el consentimiento es un requisito indispensable en los siguientes casos, cuando el proyecto implique: *i)* el traslado de población; *ii)* el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en los territorios de los pueblos indígenas; *iii)* planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor sobre dichos territorios; y, *iv)* actividades de extracción de recursos naturales que tengan impactos significativos.

En la jurisprudencia, sin embargo, los problemas de interpretación sobre el principio del consentimiento se hacen patentes. En la sentencia dictada en el caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarakayu, la Corte IDH señaló que la obtención del consentimiento no es una obligación del Estado, sino la finalidad de todo proceso de consulta, siguiendo así el criterio dominante entre las fuentes internacionales. Ahora bien, en el caso del Pueblo Saramaka contra Surinam, la Corte IDH también señaló en qué caso sí es necesario obtener el consentimiento: “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio... el Estado tiene la obligación, no solo de consultar a los pueblos, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo.”

Esta postura está sustentada en la interpretación que había hecho Rodolfo Stavenhagen (2003) como Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas, al señalar que, cuando se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos

indígenas, es probable que éstos tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos, como suele ser con la pérdida de territorios, el desalojo, la migración, el agotamiento de los recursos necesarios para la subsistencia del pueblo o de la comunidad como tal, así como la destrucción y contaminación de su ambiente. En vista de estos efectos, es esencial que los Estados obtengan el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades, para así lograr la protección de sus derechos humanos (ACNUDH, 2011). De esta manera, existe una ambigüedad en la jurisprudencia de la Corte IDH entre consulta y consentimiento.

Esta contradicción también se encuentra entre las sentencias de la SCJN. Por un lado, su Segunda Sala, al resolver los amparos en revisión 198/2015, 499/2015 y 500/2015, interpreta el artículo 2o. constitucional y señala que el ordenamiento mexicano no reconoce a favor de las comunidades indígenas la titularidad sobre los territorios y recursos naturales que ocupan, sino el derecho, entendido como posibilidad, de acceder a las formas de propiedad sobre la tierra. Por eso, dice la Segunda Sala, no puede considerarse necesaria la obtención de su consentimiento para la realización de algún proyecto de desarrollo o la ejecución de una medida. Sin embargo, por otro lado, la Primera Sala, al resolver los amparos en revisión 213/2018, 600/2018 y 601/2018, establece que, si bien el consentimiento como regla general no es una obligación sino una finalidad, tratándose de proyectos de gran escala, “el Estado debe no sólo consultar sino también obtener el consentimiento previo, libre e informado”, siguiendo el criterio de la Corte IDH.

Para determinar cuándo se trata de un proyecto a gran escala, la Primera Sala se basa en el criterio de la CIDH (2015), al referir que deben tomarse en cuenta: *i)* la magnitud o dimensión del proyecto, y *ii)* el impacto humano o social que tendrá. A su vez, para evaluar la magnitud del proyecto, se debe considerar el volumen y la intensidad del tipo de actividad, mientras que, en cuanto al impacto humano y social, los derechos en juego y la gravedad de los impactos advertidos. Tal como señalamos anteriormente, estos impactos pueden medirse según los parámetros de la legislación ambiental vigente. De esta manera, la ambigüedad sigue latente: mientras que la mitad de la SCJN considera que no deben ser consultados los pueblos y comunidades indígenas, la otra mitad considera que sí es obligación del Estado si se trata de una gran escala.

VII. CONCLUSIONES

La cuestión del consentimiento siempre fue y sigue siendo el punto de discusión y controversia del derecho a la consulta. Mientras que las fuentes normativas del derecho la tratan en regla general como finalidad de la consulta, y no como obligación de los Estados (salvo en algunos casos determinados, como el desplazamiento), las jurisprudenciales tienden a interpretarla en un sentido más garantista, particularmente en el caso de proyectos de desarrollo a gran escala, así como la explotación de hidrocarburos y de minerales, como lo ha señalado la Corte IDH. Por su lado, la doctrina apunta hacia el deber ser del derecho a la consulta, donde el consentimiento debería ser una obligación del Estado en regla general, y la consulta un medio de participación de los pueblos indígenas en los asuntos públicos, de tal manera que los gobiernos deberían ajustarse a la decisión tomada libremente por las comunidades consultadas e, incluso, de ser el caso, cancelar la medida o el proyecto si ese fuera el resultado del proceso de consulta.

En efecto, la pregunta implícita en la cuestión del consentimiento es el poder de veto de las comunidades consultadas: ¿pueden los pueblos indígenas vetar un proyecto o una medida por efecto de su derecho a la consulta? Ésta siempre ha sido la inquietud de los gobiernos y de las empresas, que han abogado, en consecuencia, desde los inicios mismos de este derecho, por una concepción limitada de la consulta, que se agota en un derecho de carácter facultativo y no vinculante. Por el contrario, los pueblos indígenas, a través de procesos de lucha, y por medio de sus organizaciones sociales y de sus autoridades tradicionales, han defendido el carácter vinculante de la consulta, considerando el consentimiento como una obligación del Estado con ellos, y otorgándose de facto un poder de veto sobre la política nacional dentro de sus territorios (Rosembert, Velázquez y Middledrop, 2016).

No obstante, la propia OIT señala que las disposiciones del Convenio 169 no implican que las comunidades tengan poder de veto. En la Guía de Aplicación del Convenio 169, dicho organismo establece a propósito del artículo 7o. de dicho tratado que “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país” (OIT, 2009, p. 14). Aunque este posicionamiento no se refiere al artículo 6o. del Convenio 169, es claro que, desde esta

perspectiva, si los pueblos no pueden vetar las políticas de desarrollo, no pueden oponerse a un proyecto que forme parte de ellas. Pese a lo anterior, se mantiene cierta ambigüedad pues no existe en las fuentes del derecho a la consulta, ni en su interpretación, un estándar claro sobre cuáles deben ser los efectos de la consulta. Sucede lo mismo con el derecho que tiene el Estado sobre los recursos del subsuelo y que se encuentran en el territorio de un pueblo indígena: el ejercicio de este derecho no puede comprometer la subsistencia de este pueblo, mientras que este último no puede vetar el derecho del Estado sobre dichos recursos.

Si el derecho a la consulta es ambiguo sobre la cuestión del consentimiento, es porque esta controversia, más que jurídica, es ante todo política. Al fin y al cabo, se trata de un asunto que trasciende el derecho para plasmarse en la conflictiva historia de los procesos de construcción del Estado nacional y el lugar que en ellos ocupan los pueblos indígenas. Hoy en día, un punto ágil de esta conflictividad, sin duda, se expresa en las disputas que protagonizan las comunidades indígenas en varias regiones del país por defender y ejercer la consulta. En gran medida, de estos procesos de contienda política, así como de su exitosa judicialización, dependerá la evolución de este derecho en sentidos favorables a la obligación del consentimiento.

VIII. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

- ACNUDH (2011). *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: la importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala*. México: Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Recuperado el 18 de agosto de 2020, disponible en: https://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoConsulta_PL.pdf.
- AMELLER, V. et al. (2012). *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*. La Paz: Fundación Konrad Adenauer.
- AZAMAR, A. y RODRÍGUEZ, C. (coords.) (2020). *Conflictos sociales por megaproyectos extractivos, de infraestructura y energéticos en la Cuarta Transformación*. México: Fundación Rosa Luxemburgo.
- CDI (2011). *Informe final de la consulta sobre el anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas*. México: Co-

- misión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, Cámara de Diputados y Senado de la República, LXI Legislatura. Recuperado el 2 de septiembre de 2020, disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37019/informe_final_de_la_consulta_sobre_el_anteproyecto.pdf.
- CDI (2013). *Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa, libre e informada sobre el desarrollo de un proyecto de generación de energía eólica, de conformidad con estándares del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*. México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Recuperado el 30 de agosto de 2020, disponible en: https://transparencia.energia.gob.mx/transparencia_focalizada/archivos/Protocolo_Consulta_Previa.pdf.
- CIDH (2009). *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. San José: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 20 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.
- CIDH (2015). *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*. San José: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 21 de agosto de 2020, disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/0746_CIDH_Industrias_extractivas.pdf.
- CORTE IDH (2007). *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 3 de agosto de 2020, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf.
- CORTE IDH (2012). *Caso del Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia del 27 de junio de 2012*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 5 de agosto de 2020, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.
- CORTE IDH (2015a). *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado el 6 de agosto de 2020, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf.

- to de 2020, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf.
- CORTE IDH (2015b). *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, OEA. Recuperado el 10 de agosto de 2020, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf.
- GONZÁLEZ GALVÁN, J. A. (2018). *Derechos de los indígenas*. México: UNAM-INEHRM.
- GUTIÉRREZ RIVAS, R. y DEL POZO MARTÍNEZ, E. (2019). *De la consulta a la libre determinación de los pueblos: informe sobre la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en México*. México: UNAM-DPLF-Fundar.
- MORRIS, M. et al. (2009). *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- OEA (2016). *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. San José: Organización de los Estados Americanos. Recuperado el 4 de agosto de 2020, disponible en: <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>.
- OIT (1989). *Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Ginebra: Organización Internacional del Trabajo. Recuperado el 4 de agosto de 2020, disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_345065.pdf.
- OIT (2009). *Pueblos indígenas y tribales: guía para la aplicación del Convenio núm. 169 de la OIT*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- ONU (2007). *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. Nueva York: Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 21 de agosto de 2020, disponible en: https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.
- ROSEMBERT, A., VELÁZQUEZ, I. y MIDDLEDROP, N. (2016). *El derecho a la consulta previa, libre e informada: una mirada crítica desde los pueblos indígenas*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

- SCJN (2012). Amparo en Revisión 781/2011. Acuerdo de la Segunda Sala, 14 de marzo de 2012. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2013). Amparo en Revisión 631/2012. Acuerdo de la Primera Sala, 8 de mayo de 2013. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2015). Amparos en Revisión 198/2015, 499/2015 y 500/2015. Acuerdo de la Segunda Sala, 4 de noviembre de 2015. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2017). Amparo en Revisión 921/2016. Acuerdo de la Segunda Sala, 2017. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2018a). Amparo en Revisión 365/2018. Acuerdo de la Segunda Sala, 5 de septiembre de 2018. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2018b). Amparo en Revisión 213/2018. Acuerdo de la Primera Sala, 14 de noviembre de 2018. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- SCJN (2018c). Amparos en Revisión 600/2018 y 601/2018. Acuerdo de la Primera Sala, 21 de noviembre de 2018. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- STAVENHAGEN, R. (2003). *Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas*. Organización de las Naciones Unidas. Recuperado el 12 de agosto de 2020, disponible: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4357.pdf>.
- YÁÑEZ, N. y SILVA, H. (2014). El derecho a la consulta de los pueblos indígenas en el sistema jurídico internacional. En *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: análisis del derecho nacional, internacional y comparado*. Santiago de Chile: IWGIA, Observatorio Ciudadano. Recuperado el 29 de agosto de 2020, disponible en: https://www.iwgia.org/images/publications/0705_Informe19_ObservatorioCiudadano-CONSULTA.pdf.

