



Comisión Nacional de los Derechos Humanos

RECOMENDACIÓN GENERAL No. 27/2016

**SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA
PREVIA DE LOS PUEBLOS Y
COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA
REPÚBLICA MEXICANA.**

Ciudad de México, a 11 de julio de 2016

**TITULAR DEL PODER EJECUTIVO FEDERAL, CONGRESO DE LA UNIÓN,
GOBERNADORES, JEFE DE GOBIERNO DE LA CIUDAD DE MÉXICO Y
PODERES LEGISLATIVOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DE LA
REPÚBLICA MEXICANA.**

Distinguidos(as) señores(as):

1. El artículo 1º, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que todas las autoridades tienen el deber para que en el ámbito de su competencia, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

2. Asimismo, el artículo 6, fracción VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, prevé como atribución de este Organismo Nacional, proponer a las diversas autoridades del país en el exclusivo ámbito de su competencia que se promuevan los cambios y modificaciones de leyes y reglamentos, así como de prácticas administrativas, que procuren y garanticen una mejor y más amplia protección de los derechos humanos. En tal virtud y conforme a lo dispuesto en el artículo 140 del Reglamento Interno de esta Comisión Nacional, se emite la presente Recomendación General.

I. ANTECEDENTES.

3. Esta Comisión Nacional es consciente de la condición de vulnerabilidad de los pueblos y comunidades indígenas en México, quienes aún en la época contemporánea sufren violaciones a los derechos humanos. Actualmente se encuentran en una situación de discriminación estructural, así como en desventaja socio-política y económica respecto del resto de la población¹.

4. La lucha histórica por los derechos de los pueblos y comunidades indígenas ha sido compleja. La forma en que los derechos humanos se han concebido ha sufrido un cambio tendencial. Clásicamente, los derechos individuales habían sido el eje del entendimiento y fundamento de los derechos, sin embargo, con el desarrollo del *pluralismo jurídico*² y el *multiculturalismo*³, se articuló una visión que clarifica la dimensión e importancia de la protección de los derechos de naturaleza *colectiva*, los cuales son la base y sustento de los derechos humanos de los pueblos indígenas, toda vez que el ejercicio efectivo de ciertos derechos individuales, está supeditado al respeto y garantía de los derechos colectivos.

5. Algunos de estos derechos son: los derechos culturales y territoriales, derecho a la identidad, a la educación, a la salud, y al idioma, derecho a no ser discriminado con motivo del origen o identidad indígena, derecho a la libre determinación, a la propiedad intelectual, a conservar y reforzar sus propias

¹ Ver Informe del Ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Misión México, del 23 de diciembre de 2013.

² De manera general, el **pluralismo** se refiere a la oposición a cualquier postura “monista” y “designa la existencia de más de una realidad, de múltiples formas de acción práctica y de la diversidad de campos sociales con particularidad propia, o sea, incluye el conjunto de fenómenos autónomos y elementos heterogéneos que no se reduce entre sí”. En términos antropológicos, el pluralismo significa que los grupos étnicos mantienen un estilo propio de vida, con su idioma, sus costumbres, sus formas de pensar, sus sistemas normativos y sus organizaciones. WOLKMER. Carlos Antonio, *Pluralismo jurídico*, MAD, Sevilla, 2006, p. 155.

³ Por **multiculturalismo** se entiende, aquella ideología o modelo de organización social que afirma la posibilidad de convivir armoniosamente en sociedad entre aquellos grupos o comunidades étnicas que sean cultural, religiosa, o lingüísticamente diferentes. Valora positivamente la diversidad sociocultural y tiene como punto de partida que ningún grupo tiene por qué perder su cultura o identidad propia. CORTINA, Adela. *Ciudadanía intercultural*, Artigos, Valencia, 1997, p. 8.

instituciones, derecho a la consulta previa, libre e informada, y a decidir las prioridades para el desarrollo, por mencionar algunos.

6. En este contexto, tras la creación de la Organización de las Naciones Unidas en 1945 y en 1949 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (la cual consagra casi en exclusiva derechos de carácter individual), la Organización Internacional del Trabajo (en adelante “OIT”), analizó la situación de los trabajadores indígenas y comenzó a abordar una variedad de asuntos referentes a los pueblos indígenas y tribales.

7. En la década de 1950, la OIT, junto con la participación de otras agencias del sistema de la ONU, comenzó a trabajar en el Convenio de los Pueblos Indígenas y Tribales (núm. 107). Este Convenio fue adoptado en 1957 como el primer tratado internacional sobre este tema y, finalmente, fue ratificado por 27 países, principalmente en América, pero también del sur de Asia, África y Europa⁴.

8. Posteriormente, con la organización y concientización de los pueblos indígenas y tribales a nivel nacional e internacional durante las décadas de 1960 y 1970, se plantearon inquietudes referentes al enfoque del Convenio 107, en el sentido de ser integracionista y se efectuaron convocatorias para revisarlo y actualizarlo. Una Comisión de Expertos convocada en 1986 por el Consejo de Administración de la OIT concluyó que *“el enfoque integracionista del Convenio había quedado obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno”*. Con este antecedente en junio de 1989, se adoptó el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes (Convenio 169)⁵.

9. El Convenio 169⁶ se basa en una actitud general de respeto por las culturas y el modo de vivir de los pueblos indígenas y tribales y el supuesto fundamental de

⁴ Cfr. Orígenes e historia de la OIT. Disponible en: <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/history/lang-es/index.htm>

⁵ *Ibidem*.

⁶ Ratificado por México el 5 de septiembre de 1990.

que estos constituyen sociedades permanentes con derecho a determinar sus propias prioridades para el desarrollo.

10. Asimismo, con la resolución 1/2 del Consejo de Derechos Humanos, del 29 de junio del 2006 fue aprobada la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas el 13 de septiembre del 2007, teniendo como motivación *“el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”*⁷.

Contexto en México.

11. El derecho a la consulta previa tiene una importancia capital en tanto se encuentra interconectado con la protección de otros derechos colectivos. En este sentido, la garantía de este derecho es necesaria para la preservación del derecho a la libre autodeterminación, desarrollo sustentable, propiedad ancestral, biodiversidad cultural, identidad cultural, etcétera.

12. Con la reforma de 1992 al artículo 4° constitucional⁸, se reconoció la composición pluricultural de la nación mexicana sustentada en sus pueblos indígenas, lo que implicó el reconocimiento del pluralismo jurídico; dicha modificación legislativa, tendría más tarde efectos trascendentales, como a continuación se detallará.

13. El tema de los derechos humanos de los pueblos indígenas fue objeto de relevancia y discusión, como consecuencia del movimiento iniciado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (en adelante EZLN), en enero de 1994. En virtud

⁷ *Crf.* Anexo de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de enero de 1992.

de ello, el Estado mexicano recibió un pliego de demandas presentadas por el EZLN, en la mesa de diálogo dentro de las *jornadas por la paz y la reconciliación* en Chiapas, celebrada en San Cristóbal de las Casas, en los meses de febrero y marzo de 1994⁹.

14. De esta manera, se publicó el 11 de marzo de 1995, la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas, teniendo como objeto: *“establecer las bases jurídicas que propicien el diálogo y la conciliación para alcanzar, a través de un acuerdo de concordia y pacificación, la solución justa, digna y duradera al conflicto armado iniciado el 1o. de enero de 1994 en el Estado de Chiapas”*¹⁰.

15. Asimismo, con fundamento en dicha Ley, comenzaron a desarrollarse las mesas de diálogo entre el EZLN y el Gobierno Federal. En 1996 se concluyó acordando la firma de varios documentos que han sido llamados “Acuerdos de San Andrés Larráinzar”. Se establecieron 8 compromisos con los pueblos indígenas: 1) Reconocer a los pueblos indígenas en la Constitución General; 2) Ampliar participación y representación políticas; 3) Garantizar el acceso pleno a la justicia; 4) Promover las manifestaciones culturales de los pueblos indígenas; 5) Asegurar educación y capacitación; 6) Garantizar la satisfacción de necesidades básicas, 7) Impulsar la producción y el empleo; 8) Proteger a los indígenas migrantes¹¹. Dichos compromisos asumidos en su nueva relación con los pueblos indígenas se regían por los principios de: i) pluralismo, ii) sustentabilidad, iii) integridad, iv) participación y, v) libre determinación¹².

⁹ De la Torre, Jesús y Rosillo, Alejandro. *Acuerdos de San Andrés: texto, estudio introductorio y referencias*, UASLP, San Luis Potosí, 2009, p 7.

¹⁰ Artículo 1° de la Ley Ley para el Diálogo, la Conciliación, y la Paz Digna en Chiapas.

¹¹ Dichos compromisos pueden consultarse en:
<http://zedillo.presidencia.gob.mx/pages/chiapas/docs/sanandres/pronuncia.html>

¹² *Ibíd.*, p 11.

16. En el año 2001¹³, el Constituyente Permanente reformó la Constitución Federal del país con el fin de establecer las bases jurídicas para el ejercicio de los derechos humanos de los pueblos indígenas, contemplando en el artículo 2° que: *“la Nación mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”*.

17. Esta reforma, dotó al artículo 2° de la Constitución de dos apartados, el A y B, estableciendo en el primero de ellos, de manera central, una serie de derechos, a saber, a) decidir sus formas internas de convivencia y organización, aplicando sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos b) elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales a sus autoridades y representantes, c) el derecho para acceder a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra, d) a preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos aquellos elementos que constituyan su identidad indígena, e) conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras, y f) elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos; mientras que en el segundo, la obligación del gobierno federal, los gobiernos de los estados y de los municipios de crear las instituciones de atención específica para atender a la población indígena, las cuales deben de ser operadas junto con representantes de los pueblos y comunidades interesadas y con ello lograr el desarrollo de los mismos.

18. Posteriormente en mayo del 2015¹⁴, se reformó la fracción III, Apartado A, del artículo 2° constitucional, garantizando a los pueblos indígenas el derecho a: *“elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno*

¹³ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 2001. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=762221&fecha=14/08/2001

¹⁴ Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de mayo de 2015.

interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los estados. En ningún caso las practicas comunitarias podrán limitar los derechos político electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales”.

19. De esta forma se confirmó el reconocimiento del rasgo pluricultural de la nación mexicana, el cual está sustentado en sus pueblos y comunidades indígenas. Esta reforma se realizó con el objeto de reivindicar *“los derechos de los pueblos originarios y ancestrales descendientes de los grupos anteriores a la conquista o colonización, tras aceptar que la situación jurídica de los pueblos indígenas aún era profundamente insatisfactoria, advirtiendo la necesidad de establecer principios rectores para fortalecer el reconocimiento a su libre determinación y autonomía, el acceso a las instancias de representación política, a los recursos materiales, a la defensa jurídica, a la educación, así como a la protección de derechos compatibles con sus usos y costumbres y, en general con su especificidad cultural”*¹⁵.

II. SITUACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA.

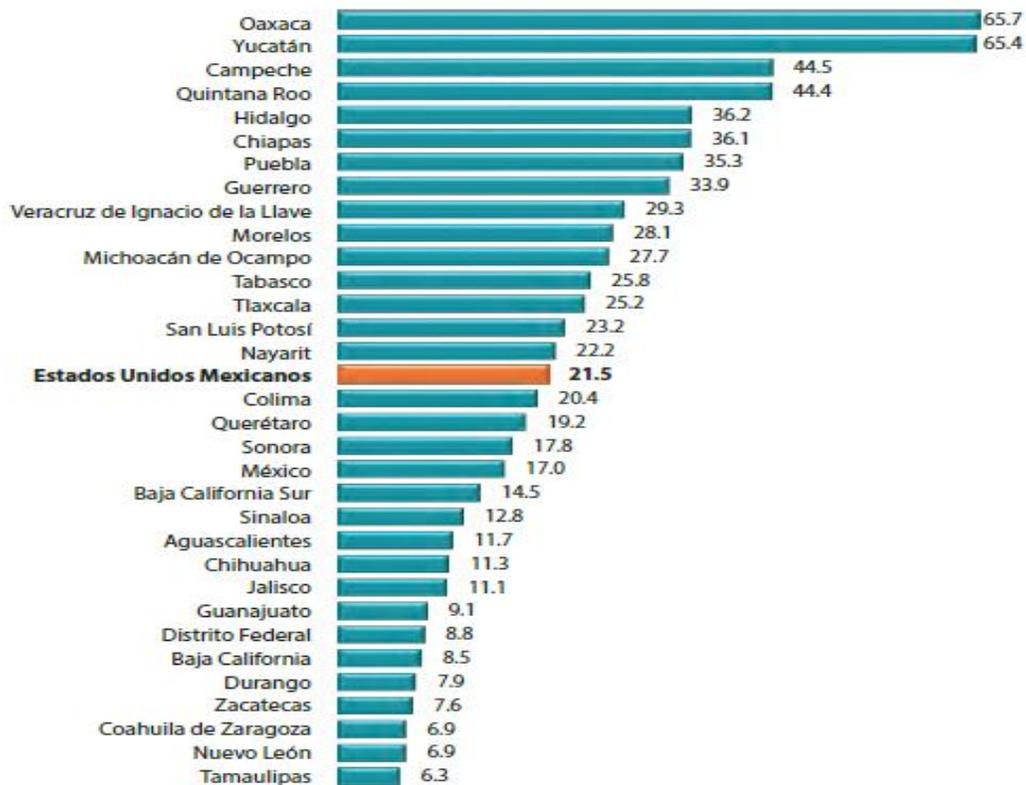
20. Esta Comisión Nacional tomando en cuenta los antecedentes ya descritos, realizará un análisis de la situación del derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas, así como de la fundamentación jurídica que acompaña la temática en cuestión.

21. En la actualidad, existen por lo menos 5.000 grupos indígenas compuestos de unos 370 millones de personas que viven en más de 70 países de cinco

¹⁵ Amparo en revisión 246/2014, Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Chiapas, citado en CNDH. Recomendación 23/2015. *“Sobre el caso de vulneración al derecho a una consulta previa, libre e informada en perjuicio de diversas comunidades indígenas”*. párr. 62.

continentes¹⁶. En México, habitan 68 pueblos indígenas, hablantes de 68 lenguas indígenas y 364 variantes etnolingüísticas¹⁷. La población que se considera indígena representa el 21.5% de la población total del país¹⁸. A continuación se enlista el porcentaje de población que se auto adscribe como indígena por entidad federativa del país:

Porcentaje de población que se considera indígena por entidad federativa



Fuente: INEGI. Encuesta Intercensal 2015.

¹⁶ Naciones Unidas y Pueblos Indígenas. disponible en: http://www.cinu.mx/minisitio/Pueblos_Indigenas/

¹⁷ Instituto Nacional de Lenguas Indígenas. Catálogo de Lenguas Indígenas. Disponible en: http://www.inali.gob.mx/pdf/CLIN_completo.pdf

¹⁸ INEGI. Encuesta Intercensal 2015.

22. En el sistema universal de derechos humanos, el Convenio N° 169 “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) del 27 de junio de 1989. Se trata de un cuerpo normativo cuyos principios básicos son: la identificación de los pueblos indígenas y tribales, no discriminación, medidas especiales para combatir la situación de vulnerabilidad, reconocimiento de la cultura, derecho a decidir las prioridades para el desarrollo, y el derecho a la consulta previa, libre e informada¹⁹, contenido en los numerales 6, 7, 15 y 30 que constriñen al Estado a:

- Realizar la consulta *“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”*
- A *“establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de los 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”*.
- A efectuar consultas con respeto a los principios 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”*.
- Y obliga a los *“gobiernos deberán adoptar medidas acordes a las tradiciones y culturas de los pueblos interesados, a fin de darles a conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a las cuestiones de educación y salud, a los servicios sociales y a los derechos dimanantes del presente Convenio”*.

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Convenio N° 169. Sitio web: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>,

23. En este sentido, en 1997, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, emitió la Recomendación General N° 23, en la que exhorta a los Estados Partes a *“garantizar que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado”*²⁰.

24. Por otra parte la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, documento en el que se integran y protegen principalmente, sus derechos colectivos, establece en los artículos 19 y 32, el deber estatal de celebrar consultas con los pueblos interesados *“antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten”*²¹.

25. De igual forma, en la esfera jurídica internacional, existen otros dispositivos que incorporan este derecho como lo son:

- El Convenio sobre la Diversidad Biológica de las Naciones Unidas firmado el 29 de diciembre de 1993, en Río de Janeiro, Brasil.
- La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, de las Naciones Unidas de 1992²².

²⁰ Organización de las Naciones Unidas (ONU). Recomendación General N° 23, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° periodo de sesiones, U.N., Doc. HRI/GEN/1/Rev. 7 at 248 (1997).

²¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, adoptada el 13 de septiembre de 2007. **Artículo 32:** *“(…) 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.”*

²² **Principio 19:** *“Los Estados deberán proporcionar la información pertinente y notificar previamente y en forma oportuna a los Estados que posiblemente resulten afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales transfronterizos adversos, y deberán celebrar consultas con esos Estados en una fecha temprana y de buena fe.”*

- El Protocolo de Cartagena sobre la Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Biodiversidad Biológica, vigente en México desde el 11 de septiembre de 2003²³.
- El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, adoptado el 29 de octubre de 2010, en Nagoya, Japón²⁴.
- Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos²⁵.
- Política operacional OP 4.10 del Manual de Operaciones del Banco Mundial, la cual dispone que para obtener un financiamiento para la elaboración de un proyecto que afecte a una comunidad indígena, deberá efectuarse un proceso de consulta²⁶.

²³ **Artículo 26:** “Consideraciones Socioeconómicas 1. Las Partes, al adoptar una decisión sobre la importación con arreglo a las medidas nacionales que rigen la aplicación del presente Protocolo, podrán tener en cuenta, de forma compatible con sus obligaciones internacionales, las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los organismos vivos modificados para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, especialmente en relación con el valor que la diversidad biológica tiene para las comunidades indígenas y locales. 2 Se alienta a las Partes a cooperar en la esfera del intercambio de información e investigación sobre los efectos socioeconómicos de los organismos vivos modificados, especialmente en las comunidades indígenas y locales.”

²⁴ **Artículo 12** “Conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos”: “1. En el cumplimiento de sus obligaciones en virtud del presente Protocolo, las Partes, conforme a las leyes nacionales, tomarán en consideración las leyes consuetudinarias, protocolos y procedimientos comunitarios, según proceda, con respecto a los conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos. 2. Las Partes, con la participación efectiva de las comunidades indígenas y locales pertinentes, establecerán mecanismos para informar a los posibles usuarios de conocimientos tradicionales asociados a recursos genéticos acerca de sus obligaciones, incluidas las medidas que se den a conocer a través del Centro de Intercambio de Información sobre Acceso y Participación en los Beneficios para el acceso a dichos conocimientos y la participación justa y equitativa en los beneficios que se deriven de estos...”

²⁵ Organización de las Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos 17º período de sesiones. Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/17/31.

²⁶ Manual de Operaciones del Banco Mundial. Políticas operacionales (2005) OP 4.10: “En todos los proyectos propuestos para financiamiento por el Banco que afectan a Pueblos Indígenas, el Banco exige que el prestatario lleve a cabo un proceso de consulta previa, libre e informada”.

26. En cuanto al sistema interamericano de protección de derechos humanos, es innegable que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)²⁷, así como los pronunciamientos formulados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)²⁸, han sido de gran trascendencia para el entendimiento, comprensión y desarrollo de este derecho. En el mismo sentido, el 15 de junio del 2016, en Santo Domingo, República Dominicana, en la tercera sesión plenaria la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos aprobó la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

- ***La consulta previa en el derecho comparado.***

27. Existen numerosos desarrollos normativos y jurisprudenciales en distintos países del mundo que garantizan el derecho a la consulta libre, previa e informada de los pueblos y comunidades indígenas.

28. En Australia la Ley de los derechos de los aborígenes sobre la tierra (Territorio del Norte) de 1976 (enmendada en 1987), no sólo reconoce el derecho de los aborígenes a poseer tierras, sino que también establece su derecho a vetar la explotación de los recursos mineros por un periodo de cinco años²⁹. Además existe la posibilidad de que un consejo territorial con el mandato de representar los intereses de los propietarios aborígenes deniegue la concesión de una explotación minera o la construcción de una carretera a menos que los propietarios tradicionales de la tierra comprendan colectivamente el carácter y el objetivo de esas propuestas y otorguen su consentimiento³⁰.

²⁷ Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Suriname, *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador (2012), Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay (2010), Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam (2008), Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (2006), Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (2006), Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua (2001).

²⁸ Informe de Fondo No. 40/04, Caso 12.053 - Comunidades indígenas Mayas del distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

²⁹ Stavenhagen, Rodolfo. *Los pueblos indígenas y sus derechos*, UNESCO México. 2007, p. 50.

³⁰ Kaufmann, Paul. *Mining and Aborigines*, Allen and Unwin, pp. 15 y 16.

29. La Ley de los Pueblos Indígenas de Filipinas de 1977, reconoce el derecho de los indígenas a los dominios ancestrales y a la propiedad de las tierras tradicionales. Dicha Ley exige también a los promotores o a las empresas que obtengan el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas para determinadas actividades, tales como: a) la prospección, el desarrollo, y la explotación de recursos naturales; b) la investigación y la bioprospección; c) los desplazamientos y los reasentamientos; d) las exploraciones arqueológicas; e) la ordenación comunitaria de los bosques; y f) el acceso del ejército³¹.

30. En Bolivia existen normas específicas relativas al derecho a la consulta, principalmente en los ámbitos hidrocarburífero y electoral, a saber, la Ley de Hidrocarburos, el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas y el Reglamento de monitoreo socio-ambiental en actividades hidrocarburíferas dentro del territorio de los Pueblos Indígenas Originarios y Comunidades Campesinas³².

31. En Chile, el Decreto N° 124 del Ministerio de Planificación (hoy Ministerio de Desarrollo Social), fue publicado el 25 de septiembre de 2009. Con esta norma, el Estado pretendió dar cumplimiento transitorio a las obligaciones de participación y consulta establecidas en los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT.

32. Por su parte, Perú en el año 2011 aprobó la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT, Ley N° 29785, publicada el 7 de septiembre de 2011 (en adelante, “Ley de Consulta Previa”). La Ley de Consulta Previa, junto con su Reglamento aprobado a través del Decreto Supremo N° 001-2012-MC del 3 de abril de 2012, constituyen

³¹ *Ibíd.*, Pág. 50.

³² Due Procces of Law Foundation (DPLF). “*Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina: avances y desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*”. Washington D.C. 2015, p. 19.

en la actualidad los dos cuerpos normativos más relevantes de este derecho en ese país.

33. En Colombia, la implementación del derecho a la consulta se ha dado a través de distintos cuerpos legales y mediante instrumentos jurídicos de rango infra legal, sin que exista en el momento una ley general. Desde 1993 se incluyeron ciertas disposiciones en el ordenamiento, como el artículo 76 de la Ley N° 99 de 1993, Ley General Ambiental, que establece que la explotación de recursos naturales deberá hacerse previa consulta con los representantes de las comunidades indígenas y afrodescendientes³³.

34. Asimismo, en la decisión T-652-98, relativa a la explotación de los recursos naturales en los territorios tradicionales de los pueblos indígenas, la Corte Constitucional de Colombia afirmó: “[...] *los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y [...] si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor*”³⁴.

- ***La consulta previa en los ordenamientos jurídicos nacionales.***

35. La consulta previa, libre e informada, es un derecho que, no obstante su reconocimiento en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido adoptado en forma gradual, y su implementación, ha sido incompleta en las entidades federativas. Lo anterior fue uno de los aspectos que se destacaron durante el Foro Derechos Indígenas y Armonización Legislativa (2014) de la Cámara de Diputados, en el cual representantes de diversos pueblos indígenas, manifestaron su preocupación por la inexistencia de un “*protocolo reconocido por el Gobierno Federal para consultar a los pueblos*”, añadiendo que no obstante que

³³ Íbidem p. 28.

³⁴ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-652-98. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>

la consulta es un deber constitucional, existen Estados que aún no legislan al respecto, y en caso de hacerlo, *“no hay reglamentación e instituciones que sean capaces de aterrizar o responder al cumplimiento”*³⁵ de este derecho.

36. Con la reforma constitucional de derechos y cultura indígena de 2001, se estableció en el artículo 2° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁶, la obligación de las autoridades de consultar a los pueblos y comunidades indígenas en materia de educación y en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, al igual que en algunos ordenamientos adjetivos. No obstante este mandato, los esfuerzos por lograr su verdadera efectividad, no han sido suficientes, toda vez que hoy en día, las instituciones responsables de garantizar su cumplimiento³⁷, desatienden el carácter previo de la consulta, entre otros aspectos. Esto, al decir de Luis Rodríguez Piñero Royo, se debe a que tales reconocimientos *“no siempre se han visto acompañados de reformas de la estructura jurídica y el aparato institucional en los estados con presencia indígena que hagan efectivo este derecho, abriéndose de hecho una distancia entre el discurso y la práctica jurídicas”*³⁸.

³⁵ Comisión para el Diálogo con los Pueblos Indígenas de México (2014) Foro Derechos Indígenas y Armonización Legislativa. Conclusiones. Mesa 1: Armonización legislativa y ley de consulta previa, libre e informada. Pág 31.

³⁶ **Artículo 2o.** *“La Nación Mexicana es única e indivisible (...) B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. (...) IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.*

³⁷ La *“institución responsable”*, puede ser: una entidad gubernamental perteneciente a cualquiera de los tres niveles de gobierno, de cualquier sector, o *“una entidad pública autónoma o descentralizada, que tenga la potestad de autorizar la puesta en marcha de tales medidas o acciones”*. “Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” Documento aprobado por el pleno de la asamblea del Consejo Consultivo de la CDI en la XXXIII Sesión Ordinaria- Febrero del 2013. Sitio web: [file:///C:/Users/ramucino/Downloads/cdi_protocolo_consulta_pueblos%20indigenas_2014%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/ramucino/Downloads/cdi_protocolo_consulta_pueblos%20indigenas_2014%20(4).pdf),

³⁸ Rodríguez Piñero Royo, Luis. *“El Caso Awas Tingni y la Norma Internacional de Propiedad Indígena de las Tierras y Recursos Naturales”*. Pág. 1.

37. De conformidad con el artículo 133 de la propia Constitución Federal, las autoridades responsables, tienen el deber de cumplir con lo dispuesto por el Convenio 169 de la OIT y estándares relacionados con la materia, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales como *parámetro de control de regularidad constitucional*³⁹ y los principios “*pro persona*” e interpretación conforme. Por otra parte, el principio de *transversalidad*, establece que los derechos consagrados en los tratados, deben obrar en favor de los pueblos y comunidades indígenas “*en todos los ámbitos del sistema jurídico, para crear un enfoque que al analizar el sistema de normas en su totalidad, cumpla con su objetivo, que no es otro que el ejercicio real de sus derechos y la expresión de su identidad individual y colectiva, para superar la desigualdad de oportunidades que tradicionalmente les ha afectado....*”⁴⁰.

38. De esta forma, la Comisión Nacional observa que en el derecho interno se contempla el derecho a la consulta en los siguientes ordenamientos y protocolos:

- **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:** Artículo 2º, Apartado A, fracción II; y Apartado B, fracción IX.
- **Ley de Planeación:** Artículo 1º, fracción IV.
- **Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente:** Artículo 158, fracción I.
- **Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados:** Artículo 108, párrafo tercero.

³⁹ SCJN. Décima época. Tesis: P./J. 20/2014 Registro 2006224 Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Pleno, Registro 2006224.

⁴⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 631/2012, resuelto el 8 de mayo de 2013.

- **Reglamento de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados:** Artículo 54.
- **Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas:** Artículo 3°, fracción VI.
- **Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.** Artículo 7°, inciso a).
- **Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI):** Artículo 10, fracción XI y artículo 19, fracción VII.
- **Reglamento Interno del Consejo Consultivo de la CDI:** Artículo 2°, fracciones XVI y XVII y artículo 6°, fracción I.
- **Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, aprobado por el Consejo Consultivo de la CDI.**
- **Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.**
- **Protocolo para la Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas en materia de Distritación Electoral, del Instituto Nacional Electoral.**

39. El tema de la consulta indígena, ha sido abordado en las políticas públicas de diversos sectores de la administración pública. Ejemplo de ello se observa en el Plan Nacional de Desarrollo, mediante el cual el gobierno federal, para constituir una sociedad equitativa e incluyente, contempló, entre otras, las siguientes líneas de acción: la creación de mecanismos de diálogo y políticas que fomenten el

acercamiento con los pueblos indígenas en la elaboración de acciones que mejoren su desarrollo y la armonización del marco legal con los tratados nacionales e internacionales en materia indígena.

- ***La consulta previa en las entidades federativas.***

40. En México, 25 entidades federativas reconocen el derecho a la consulta, ya sea en las constituciones locales o en leyes específicas en materia de derechos indígenas como es el caso de: Baja California, Campeche, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Estado de México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Yucatán. Por otro lado, 7 entidades federativas no contemplan el reconocimiento de este derecho: Aguascalientes, Baja California Sur, Coahuila, Ciudad de México, Tamaulipas, Sinaloa y Zacatecas.

41. Cabe destacar que solo San Luis Potosí⁴¹ y Durango⁴² tienen leyes sobre consulta y reconocen a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derecho. No obstante lo anterior, esta Comisión Nacional considera deseable, que ambas entidades federativas, analicen y progresivamente integren los parámetros desarrollados en la presente Recomendación en el ordenamiento respectivo.

III. OBSERVACIONES.

42. En este apartado la Comisión Nacional analizará el derecho a la consulta previa, teniendo en cuenta los siguientes aspectos: *A. Concepto. B. Contenido Esencial. C. Características. D. Sujetos. E. Materia. F. Algunos casos sobre*

⁴¹ Ley de consulta indígena para el Estado y municipios de San Luis Potosí. Ley publicada en la Edición Extraordinaria del Periódico Oficial del Estado de San Luis Potosí, el jueves 8 de julio de 2010.

⁴² Ley de consulta indígena para el Estado y municipios de Durango. Fecha de creación: P. O. 72 de fecha 6 de septiembre de 2015.

consulta previa en México. G. Importancia de una ley de consulta. H. Acuerdo o consentimiento y su vinculatoriedad.

A. Concepto.

43. De acuerdo con lo establecido por el Ex Relator Especial de los Pueblos Indígenas de la ONU Rodolfo Stavenhagen, el enfoque de derechos humanos en el marco del desarrollo de los pueblos indígenas, implica el respeto de ciertos principios, como lo son: su reconocimiento como sujetos de derecho y no como objetos de políticas públicas; participación y empoderamiento; autonomía, control territorial, no discriminación y la aplicación del consentimiento previo, libre e informado⁴³.

44. El derecho a la consulta previa, libre e informada además de ser un *principio general del derecho internacional*⁴⁴, es un derecho humano colectivo de los pueblos y comunidades indígenas.

45. La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo SCJN) ha sostenido que el derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la consulta: *“constituye una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de los pueblos, así como los demás derechos culturales y patrimoniales –ancestrales– que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen”*⁴⁵.

46. Por lo anterior, cobra vital relevancia que los grupos interesados, tengan acceso a un recurso mediante el cual se garantice el respeto de sus derechos frente a las acciones estatales que pueden llegar a conculcárselos, con la finalidad

⁴³ Stavenhagen, Rodolfo. Óp. cit. Pág. 157, 158, 159 y 160.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones*. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párr. 164.

⁴⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 270/2015. Pág. 62.

de combatir la discriminación, revertir los patrones históricos de exclusión⁴⁶, preservar su identidad cultural y lograr un verdadero desarrollo sustentable.

47. El ex Relator Especial de los Pueblos Indígenas de la ONU James Anaya en su informe sobre industrias extractivas destacó que las consultas no son *“un simple sí a una decisión predeterminada, o como un medio de validar un acuerdo desfavorable para los pueblos indígenas afectados”* y que *“deben ser mecanismos mediante los cuales los pueblos indígenas puedan llegar a acuerdos favorables a sus propias prioridades y estrategias de desarrollo, proporcionarles beneficios tangibles y, por otra parte, promover el disfrute de sus derechos humanos”*⁴⁷.

48. Es importante señalar, que para garantizar la protección de los derechos de la comunidad en el contexto de actividades empresariales, el Estado debe adoptar medidas para observar, fiscalizar y monitorear la participación de la empresa⁴⁸.

A.1 La consulta previa y su interrelación con otros derechos humanos.

49. La consulta indígena se interrelaciona con otros derechos humanos, que pueden llegar a ser vulnerados con acciones u omisiones del Estado. A continuación se enumeran algunos:

1. **Libre autodeterminación:** Los artículos 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 3º y 4º de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; establecen que los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su condición política, económica, social y cultural.

⁴⁶ Consejo de Derechos Humanos (2009) *“Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”*, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. Párr. 41.

⁴⁷ Consejo de Derechos Humanos (2013) *“Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas”* James Anaya. ONU/A/HRC/24/41, 1 de julio de 2013. Párr. 30 y 59.

⁴⁸ Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Op. Cit. Párr. 189.

2. **Desarrollo sustentable:** es la satisfacción de necesidades de las generaciones presentes, sin comprometer las posibilidades del futuro. Este derecho es indispensable para la preservación de los pueblos indígenas, implica *“el derecho a determinar su propio ritmo de cambio, de acuerdo con su propia visión del desarrollo, y que ese derecho debe respetarse, especialmente su derecho a decir que no”*⁴⁹.
3. **Derecho a la propiedad:** Los artículos XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protegen la vinculación estrecha que los pueblos indígenas guardan con sus tierras, así como con los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporeales que se desprendan de ellos⁵⁰. No obstante, la Corte IDH ha resuelto que este derecho está sujeto a limitaciones por parte del Estado, restricciones que deben cumplir los criterios de necesidad y proporcionalidad en relación con un objetivo legítimo en una sociedad democrática⁵¹.
4. **Biodiversidad cultural:** En 1992, se convino la realización y firma, del Convenio de Diversidad Biológica (CDB), cuya creación tiene por objeto establecer medidas para un futuro sostenible a través de la conservación de la diversidad biológica, mediante la regulación de los recursos naturales, ecosistemas, especies y los genes que contienen esas especies. Otros instrumentos internacionales, importantes para la materia son, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, y el Protocolo de Cartagena Sobre la Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la

⁴⁹ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), *“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”*, 2011, pág. 158.

⁵⁰ CIDH. Informe 99/99, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann Vs. Estados Unidos, 27 de septiembre de 1999. Cfr. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 148, y *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, párr. 85.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015, párr. 154. Cfr. Consejo de Derechos Humanos (2009) *“Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”*, James Anaya. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párr. 34.

Biodiversidad Biológica⁵². Estos estándares internacionales cobran relevancia para la consulta indígena, toda vez que contemplan la participación y consagran el deber de respeto y garantía de las prácticas culturales tradicionales.

5. **Derecho a la identidad cultural:** El Estado debe garantizar el derecho de los pueblos indígenas a preservar su identidad cultural. La afectación al derecho de propiedad indígena, transgrede a su vez la posibilidad de ejercer su *“religión, espiritualidad o creencias (...) incluyendo la expresión pública de este derecho y el acceso a los sitios sagrados”*⁵³.

B. Contenido esencial.

50. El núcleo esencial de un derecho humano se integra por los componentes que lo distinguen de otros derechos, dan vida e identifican elementos que deberán ser real y efectivamente protegidos, constituye aquello que hace reconocible al derecho. La Corte Constitucional Colombiana sostiene que el contenido esencial *“debe entenderse como aquel sin el cual un derecho deja de ser lo que es o lo convierte en otro derecho diferente o lo que caracteriza o tipifica al derecho fundamental y sin lo cual se le quita su esencia fundamental. O, también, puede verse como la parte del derecho fundamental que no admite restricción porque en caso de hacerlo resulta impracticable o se desnaturaliza su ejercicio o su necesaria protección”*⁵⁴.

⁵² Vigente y vinculante para México desde el 11 de septiembre de 2003.

⁵³ 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”*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 30 diciembre 2009. Párr. 161.

⁵⁴ Sentencia C-756/08. (2008) Referencia: expediente D-7182. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 10, literal d y parágrafo 1º (parcial), 24 (parcial) y 25 de la Ley 1164 de 2007. Actor: Diego Marín Charris. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabr. Bogotá D. C., 30 de julio de 2008.

51. La Defensoría del Pueblo de Ecuador, consideró que el contenido mínimo del derecho se configura de: el propósito de la consulta (consentimiento), sujetos y materia y las características de consentimiento previo, libre e informado⁵⁵.

52. El Tribunal Constitucional del Perú, estableció que el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, lo constituyen: *“i) el acceso a la consulta, ii) el respeto de las características esenciales del proceso de consulta, y iii) la garantía del cumplimiento de los acuerdos arribados en la consulta. No forma parte del contenido de este derecho el veto a la medida legislativa o administrativa, o la negativa de los pueblos indígenas a realizar la consulta”*⁵⁶.

53. Desde la perspectiva académica se han recogido dos componentes centrales:

- La obligación negativa del Estado de abstenerse de violentar los derechos humanos de los pueblos indígenas.
- Que el diálogo entre el Estado y los pueblos y nacionalidades indígenas, permita la incorporación de las opiniones y visiones de estos colectivos, en la adopción de decisiones estatales.

54. Para este Organismo Constitucional, el contenido esencial del derecho a la consulta tiene al menos cinco características que integran su núcleo duro y que por tanto, lo hacen reconocible: previa, libre, informada, de buena fe y culturalmente adecuada.

⁵⁵ Defensoría del Pueblo de Ecuador (2011) Informe temático la consulta previa, un derecho de participación documento final. Consultora: Nora Fernández. Equipo de investigación: Francisco Hurtado, Edwar Vargas, David Chávez. Coordinado por: Dirección Nacional de Promoción de Derechos Humanos y de la Naturaleza, Coordinación de Incidencia en Políticas Públicas. Pág. 24.

⁵⁶ EXP. N.º 0022-2009-PI/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano. Asunto: Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tuanama Tuanama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo N.º 1089.

C. Características.

- **Previa.**

55. Tanto el Convenio 169 de la OIT⁵⁷, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas hacen alusión a este principio rector⁵⁸, el cual obliga al Estado a efectuar un acercamiento desde las etapas tempranas del proyecto, toda vez que la consulta indígena no es un medio para comunicar a los interesados sobre *“decisiones que ya se han adoptado o están en proceso de adoptarse”*⁵⁹, sino que son una forma de asegurar la participación e incidencia de la comunidad en los actos del Estado que pudieran llegar a afectarles.

56. El Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, precisó que deben respetarse *“las exigencias cronológicas de los procesos de consulta/consenso con los pueblos indígenas”*, y que *“el consentimiento debe obtenerse con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades”*⁶⁰.

57. El proceso de consulta no debe realizarse sólo cuando surja la necesidad de conseguir la aprobación de los interesados, es decir, como requisito previo a la ejecución de la obra. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial expresó que: *“con la mera consulta (...) antes de iniciar la explotación de los recursos no se cumplen las condiciones especificadas en la Recomendación general N° XXIII del Comité”*, y recomendó recabar *“el consentimiento de [las] comunidades con conocimiento de causa y que se*

⁵⁷ Organización Internacional del Trabajo (OIT). Óp. Cit. Artículo 15.2.

⁵⁸ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Óp. Cit. Artículos 10, 11, 19 y 29.

⁵⁹ Consejo de Derechos Humanos (2009) Óp. Cit. Párrafo 46.

⁶⁰ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas. Cuarto período de sesiones Nueva York, 16 a 27 de mayo de 2005. *“Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas”* Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005. E/C.19/2005/3, párr. 46-48.

*garantice la división equitativa de los beneficios que se obtengan con esa explotación*⁶¹.

58. Tratándose de un proyecto a largo plazo, el sistema universal e interamericano⁶² coinciden, en que debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas, en la medida de lo posible, en todas las fases de “*diseño, ejecución y evaluación*”, añadiendo que, en caso de surgir un conflicto en la fase de ejecución, se resolverá “*en el marco de la democracia, el diálogo franco y la negociación*”⁶³.

59. En relación a este principio la SCJN, ha sostenido que todas las autoridades en el ámbito de su competencia, tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas: “*antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses*”, teniendo en cuenta que este ejercicio debe ser previo, culturalmente adecuado, informado, a través de los representantes y de buena fe; destacando que “*el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados*”⁶⁴.

- **Libre.**

60. Esto significa que el proceso de consulta, debe estar libre de interferencias externas, y exento de “*coerción, intimidación y manipulación*”⁶⁵, como lo sería el “*condicionar servicios sociales básicos*”, el “*planteamiento en disyuntiva sobre*

⁶¹ Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: Ecuador. 02/06/2003. CERD/C/62/CO/2. (Concluding Observations/Comments). Sitio web: [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CERD.C.62.CO.2.Sp?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD.C.62.CO.2.Sp?Opendocument)

⁶² Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Óp. Cit Párrafo 167.

⁶³ Stavenhagen, Rodolfo. Op cit., pág. 73.

⁶⁴ SCJN. Décima Época. Registro: 2004170. Instancia: Primera Sala. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXIII, agosto de 2013. Tomo 1. Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCXXXVI/2013 (10a.).

⁶⁵ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas Op. Cit. párr. 46-48.

*desarrollarse o continuar en la pobreza y marginación*⁶⁶, buscar la división de los sujetos de consulta y la criminalización, por mencionar algunos.

61. Rodolfo Stavenhagen reconoce, que en el marco de las actividades de protesta por la reivindicación de los derechos indígenas, los Estados proceden a mitigarlas utilizando la ley, la administración de justicia o inclusive, el uso de la fuerza. Sobre este punto la CIDH advierte que: *“en demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas*⁶⁷.

- **Informada.**

62. Consiste en proveer a las comunidades que serán afectadas, de información completa, comprensible, veraz y suficiente, que les permita adoptar una decisión adecuada a sus necesidades. En este tenor, se les debe facilitar toda la documentación indispensable *“para conocer, emitir, intervenir y estar en aptitud de ofrecer elementos que demuestren, a su parecer, que les cause afectación a sus derechos y/o subsistencia por la obra que está sujeta a evaluación*⁶⁸.

63. De acuerdo con el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, debe proporcionarse como mínimo, información sobre: *“la naturaleza, envergadura, ritmo, reversibilidad y alcance de cualquier proyecto o actividad propuesto; la razón o razones o el objeto u objetos del proyecto y/o actividad; duración y zonas que se verán afectados; evaluación preliminar del probable impacto económico, social, cultural y ambiental, incluidos los posibles riesgos y*

⁶⁶ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2011) Óp. Cit ., pág 35.

⁶⁷ CIDH. (2009) Óp. Cit párr. 318.

⁶⁸ Gudiño Gual, Juan Pablo. Consulta Indígena en materia ambiental. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Disponible en http://www.conacyt.mx/cibiogem/images/cibiogem/Herramientas-ensenanza-investigacion/capacitacion-biotec-bioseg/Noroeste/presentaciones/10_Consulta-indigena-mat-ambiental.pdf

*una distribución de beneficios justa y equitativa en un contexto que respete el principio de precaución, entre otros*⁶⁹.

64. La Corte IDH ha referido, que el Estado antes y durante la consulta, debe mantener comunicación constante, brindar información precisa que permita a la comunidad conocer *“la naturaleza y consecuencias de proyecto”*⁷⁰, los beneficios e indemnizaciones a que podrían hacerse acreedores, así como los riesgos a la salubridad y al medio ambiente, lo que le obliga a realizar estudios de *“impacto social y ambiental”*⁷¹.

65. La consulta debe realizarse en un ambiente de confianza, ello se conseguirá mediante la difusión de los dictámenes u opiniones relacionadas con el proyecto desde las primeras etapas, de tal forma que la comunidad pueda comprender la información, presentar observaciones y esclarecer sus inquietudes. Es importante que los estudios de impacto ambiental o de otra materia, cuenten con la participación de las comunidades involucradas, además es necesario que se consoliden *“mecanismos conjuntos para mediar y abordar los impactos sobre los recursos naturales y culturales”*⁷².

66. Durante la consulta deberá adoptarse un *“modelo de verdadera asociación”*⁷³, a través de acuerdos que garanticen la protección de los derechos del pueblo indígena interesado, el cual deberá participar en la toma de decisiones y de los beneficios. El respeto al derecho de acceso a la información durante la consulta,

⁶⁹ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas Op. Cit. párr. 46-48.

⁷⁰ CIDH. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, párr. 156. CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. IX. Derechos a la participación, la consulta y el consentimiento, párr. 299.
Sitio web: http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm#_ftn83.

⁷² Anaya, James (2013) Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. ONU/A/HRC/24/41.Párr. 73.

⁷³ *Ibidem*, párr. 77.

es fundamental para *“lograr una protección eficaz contra las condiciones ecológicas que constituyen una amenaza para la salud humana”*⁷⁴.

- **De buena fe.**

67. El artículo 6.2 del Convenio 169 de la OIT, dispone que las consultas se llevarán a cabo con buena fe. La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia⁷⁵.

68. En el *“Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”*, la Corte IDH estableció 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”*⁷⁶.

69. Para que un proceso de consulta sea de buena fe, debe evitarse toda clase acciones tendientes a intimidar, hostigar, amenazar o crear un clima de tensión y desintegración social entre los sujetos de la consulta, mediante *“la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos”*⁷⁷.

70. El Estado consultará teniendo como premisa generar un ambiente favorable de confianza, libertad y respeto, para lograr acuerdos o el consentimiento previo, libre e informado. De este último, James Anaya, ex Relator de las Naciones Unidas manifestó, que las consultas deben celebrarse de buena fe y con el fin de lograr el consentimiento.

⁷⁴ CIDH, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Ecuador*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

⁷⁵ CIDH. (2009) Op. Cit Párr. 318.

⁷⁶ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Op. Cit., párr. 186.

⁷⁷ *Ibidem*.

71. Por otra parte, en el “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, la Corte Interamericana, sostuvo que el citado procedimiento debe respetar tres garantías: a) “asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo (...), de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan (...) que se lleve a cabo dentro de su territorio”; b) “garantizar que los miembros del pueblo (...) se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”, y c) el Estado debe garantizar que no se efectuará la acción pretendida dentro del territorio de los pueblos “hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental”⁷⁸.

- **Procedimientos culturalmente adecuados.**

72. Los procedimientos apropiados para consultar, son los que usan los pueblos para debatir sus asuntos, algunos de estos serían a través de asambleas o consejos de principales, en particular a través de sus instituciones representativas.

73. Para garantizar una participación efectiva, los procesos de toma de decisiones deben considerar la naturaleza de la medida consultada, tener en cuenta las peculiaridades de los pueblos, formas de gobierno, usos y costumbres, entre otros, “garantizando un equilibrio de género y tener en cuenta las opiniones de los niños y los jóvenes, según proceda”⁷⁹. Dichos procesos “deben incluir, según criterios sistemáticos y preestablecidos, distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos”⁸⁰.

74. El artículo 6.1 del Convenio 169 de la OIT, es claro en señalar que los procedimientos para consultar deben ser apropiados y mediante sus instituciones

⁷⁸ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C No. 172. Párr. 129.

⁷⁹ Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (2005) Cuarto período de sesiones Nueva York, 16 a 27 de mayo de 2005. “Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas” Nueva York, 17 a 19 de enero de 2005. E/C.19/2005/3, párr. 46-48.

⁸⁰ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Op. Cit. Párrafo 202.

representativas. En este sentido, la Corte IDH ha sostenido que el proceso de diálogo se realizará a través de procedimientos culturalmente adecuados, con apego a sus tradiciones. Asimismo, el artículo 12 del citado Convenio prescribe que los Estados deben adoptar medidas *“para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”*.

75. Respecto del carácter adecuado de la consulta, el entonces Relator Especial de las Naciones Unidas, James Anaya, citando a la OIT recordó que en este procedimiento deberán respetarse las formas de decidir del pueblo indígena implicado: *“se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”*⁸¹.

76. La idoneidad cultural implica procurar que las autoridades que representan a un pueblo indígena, sean determinadas de acuerdo a sus formas de elección. En el *“Caso Saramaka Vs. Surinam”*, la Corte IDH ordenó al Estado a efectuar la consulta con las personas que hubiesen sido elegidas por el pueblo Saramaka para tal efecto⁸².

77. En cuanto a la representación, James Anaya ha sostenido que *“se debe dar a los pueblos indígenas la oportunidad y el tiempo, con el apoyo adecuado del Estado, si lo desean, de organizarse para definir las instituciones representativas que participarán en las consultas sobre los proyectos...”*⁸³.

⁸¹ Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

⁸² Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Op. Cit., párr. 19.

⁸³ Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>

78. Por su parte, la segunda sala de la SCJN, en el amparo en revisión 781/2011⁸⁴, abordó el tema de la participación. En este asunto, las autoridades omitieron crear el Consejo Consultivo Regional, lo que violó el derecho de las comunidades de la Sierra Tarahumara, toda vez que mediante el mismo, intervendrían y se garantizaría la participación de los agraviados, por medio del representante y vocal elegidos libremente, conforme a sus costumbres. Por lo anterior la Corte conminó a las autoridades responsables a constituir el Consejo Consultivo Regional del Fideicomiso “Barrancas del Cobre”.

79. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha señalado que la participación indígena constriñe a dos obligaciones, la primera es hacerlos partícipes y atender sus opiniones de acuerdo a sus tradiciones y costumbres, y la segunda es sentar las bases para que las comunidades puedan ser parte de manera “*efectiva, informada y libremente en el respectivo procedimiento administrativo, legislativo o de otra índole que pueda incidir en sus intereses o derechos*”⁸⁵.

- **Pertinencia cultural.**

80. El diálogo intercultural, implica la observancia del principio de igualdad y no discriminación, reconocer las especificidades de los sujetos de consulta y evitar reproducir patrones de desigualdad durante el proceso; por ejemplo, el Estado no podrá ejercer presión sobre el pueblo involucrado, mediante la imposición de restricciones temporales.

81. Algunos elementos propicios para garantizar éste diálogo, son: integrar al proyecto la concepción de desarrollo de los pueblos indígenas, conducirse con buena fe, respetar su cultura, lengua, identidad y tradición oral, respetar sus condiciones, exigencias, formas de decidir y plantear sus argumentos.

⁸⁴ Amparo en revisión 781/2011. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 14 de marzo de 2012.

⁸⁵ CNDH. Recomendación 56/2012, “*sobre la violación de los derechos humanos colectivos a la consulta, uso y disfrute de los territorios indígenas, identidad cultural, medio ambiente sano, agua potable y saneamiento y protección de la salud del pueblo wixárika en wirikuta*”, párr. 123.

D. Sujetos.

- **Sujetos de Consulta.**

82. Se trata de los pueblos o comunidades indígenas susceptibles de verse afectados en sus derechos, siendo estos, sociedades anteriores al Estado, que tienen continuidad histórica y mantienen sus instituciones.

83. De conformidad con lo establecido en el derecho internacional de los derechos humanos, los gobiernos deberán de consultarlos a través de las instituciones representativas con capacidad para otorgar dicho consentimiento.

84. En cuanto al reconocimiento y localización de las comunidades a consultar, este Organismo Constitucional observa que en diversos Estados de la República, existen constituciones y legislaciones que prevén elementos objetivos de identificación de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en la entidad federativa⁸⁶, tal es el caso de: Chiapas, Estado de México, Oaxaca, Campeche, San Luis Potosí y Sonora.

- **Sujetos que realizan la consulta.**

85. Para llevar a cabo la consulta, se requiere la participación de seis figuras: i) autoridad responsable, ii) órgano garante, iii) órgano técnico, iv) comité técnico, v) grupo asesor de academia y vi) organizaciones de la sociedad civil y observadores⁸⁷.

⁸⁶ Artículo 9 de la Constitución de San Luis Potosí. Artículo 2 de la Ley de Derechos y Cultura indígena de Chiapas. Artículo 6 de la Ley de Derechos y Cultura indígena del Estado de México. Artículo 2 de la Ley de Derechos y Cultura indígena de Oaxaca. Artículo 8 Bis la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche. Artículo 1° de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Sonora.

⁸⁷ "Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" de la OIT, y "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 Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes" suscrito por la SRE, SEDATU, SEMARNAT, SENER, SEGOB y CDI.

86. La autoridad responsable *“es quien tiene el deber principal de consultar cuando existan o pueden existir decisiones o proyectos que afecten los derechos e intereses de los pueblos indígenas”*⁸⁸.

87. Puede ser la entidad gubernamental perteneciente a cualquiera de los tres niveles de gobierno, de cualquier sector, o *“una entidad pública autónoma o descentralizada, que tenga la potestad de autorizar la puesta en marcha de tales medidas o acciones”*. Sobre este punto se mencionan los siguientes: a) en el orden federal: las dependencias y entidades de la administración pública federal, las cámaras que integran el Congreso de la Unión y los órganos autónomos; b) en el orden estatal: las dependencias y entidades de la administración pública, las legislaturas locales y los órganos autónomos locales, y en los municipios: la administración pública municipal. Lo anterior, implica que aun en los casos donde existan contratos y/o concesiones públicas a particulares, no exime a la autoridad de garantizar el derecho a la consulta previa.

88. El órgano técnico de consulta, tiene la responsabilidad de preparar a la autoridad responsable durante el proceso, brindando la asesoría técnica y metodológica; tal es el caso de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.

89. El órgano garante, funge como testigo de la consulta. En nuestro país, diversas instituciones y organismos han participado y tienen la capacidad de intervenir con esta calidad, como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la Subsecretaría de Derechos Humanos y la Comisión para el Diálogo con los Pueblos indígenas de México, ambas de la Secretaría de Gobernación.

90. El Comité Técnico Asesor, se constituye de diversas instancias, con la finalidad de *“aportar conocimiento, asesoría, metodología, información sustantiva y*

⁸⁸ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2011). Op. Cit., pág. 41.

*análisis especializado al proceso de consulta previa*⁸⁹, pudiendo integrarse por las Secretarías del Gobierno Federal, las Estatales, los Ayuntamientos, por mencionar algunos.

91. Los grupos asesores de academia y las organizaciones de la sociedad civil, son instancias que coadyuvan en la “*construcción de una metodología intercultural*”⁹⁰, su intervención tiene por objeto, acompañar y asesorar a los sujetos de consulta cuando así lo requieran.

92. Los observadores pueden ser: el representante de la OIT y de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México; integrantes del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, todos de la ONU, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, los Organismos Estatales de Protección de los Derechos Humanos, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como organizaciones de la sociedad civil, entre otros.

E. Materia.

93. El Convenio 169 de la OIT establece que los Estados deben consultar todas las medidas administrativas y legislativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales (arts. 6º y 7º), así como los proyectos de prospección y explotación de los recursos naturales existentes en sus tierras (art. 15). Asimismo, el convenio menciona específicamente que las comunidades indígenas deberán ser tomadas en cuenta:

⁸⁹ “*Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”. Op. Cit., pág. 36.

⁹⁰ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (2011) “*Informe final de la Consulta sobre el Anteproyecto de Ley General de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas*”. Pág. 42.

- En la formulación, aplicación y evaluación de planes y programas nacionales y regionales de desarrollo (arts. 6º y 7º);
- Cuando por circunstancias excepcionales sea necesario el traslado y la reubicación de pueblos indígenas, éste sólo podrá llevarse a cabo con su consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (art. 16.2).

94. De igual forma, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de manera general prevé la obligación de consultar toda medida administrativa o legislativa y en lo particular:

- En los casos en que lleguen a ser desplazados de sus tierras (art.10);
- Cuando puedan ser afectados en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales (art. 11);
- En la adopción de medidas para combatir prejuicios y eliminar discriminación (art. 15);
- En la definición de políticas encaminados a proteger a los niños indígenas contra la explotación económica (art. 17);
- En los casos en que sus tierras sufran cualquier afectación (art. 28);
- En los casos de almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas (art. 29);
- En los casos en los que sea necesario utilizar sus tierras y territorios para actividades militares (art. 30);
- En la aprobación de proyectos que puedan afectar sus tierras y recursos como la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo (art. 32);
- Ante la adopción de medidas para facilitar la relación y cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus propios miembros, así como con otros pueblos, a través de las fronteras (art.36), y
- En la medidas encaminadas a la adopción de la Declaración (art. 38).

95. El deber de consulta recae sobre los recursos que hayan sido utilizados tradicionalmente, así como aquellos que sin haber sido utilizados, su extracción

afectarían otros recursos que son vitales para su modo de vida⁹¹. La misma regla aplica para los recursos que se hallen con posterioridad.

96. La SCJN ha resuelto que las autoridades, teniendo en cuenta los supuestos anteriormente enumerados, deben analizar el caso concreto y discernir si el proyecto a emprender tendrá un impacto significativo en la vida y entorno de los sujetos de consulta, asegurando que la realización del proyecto no implique una denegación en su subsistencia como pueblo.

97. Esta Comisión Nacional considera fundamental recordar que en el caso de la elaboración de legislaciones estatales o federales sobre consulta previa, éstas en relación con la materia a consultar, deben contener mínimamente los estándares previstos en los tratados internacionales en derechos humanos de los pueblos indígenas. Asimismo, es deseable que toda legislación sobre consulta previa tienda a ampliar, maximar o robustecer los supuestos de materia susceptible de consulta, con el fin de articular un nivel progresivo de protección para los pueblos y comunidades indígenas.

- **Medidas administrativas.**

98. Las medidas administrativas a consultar, son los planes, programas, formulación, aprobación y seguimiento de políticas públicas, provenientes de la administración pública, susceptibles de impactar en sus derechos a los sujetos de consulta, como por ejemplo las obras de infraestructura y los megaproyectos o proyectos de inversión.

99. La Defensoría del Pueblo de Ecuador sostiene que en el caso de *“proyectos de inversión o desarrollo, exploración y extracción de recursos, la consulta debe realizarse también durante todas las fases de ejecución de esos proyectos”*⁹².

⁹¹ Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Op. Cit. párr. 155.

⁹² Defensoría del Pueblo de Ecuador. *“Informe temático la consulta previa, un derecho de participación. Documento final”* Op. Cit.,, pág. 89.

100. En el caso de megaproyectos, cuando los Estados imponen limitaciones o restricciones al ejercicio del derecho de los pueblos indígenas o tribales a la propiedad sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, a través de figuras jurídicas como la expropiación por causa de utilidad pública, éstas deben respetar ciertas pautas, las cuales deben ser establecidas por ley, ser necesarias, proporcionales y con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

101. Asimismo, en el caso de la expropiación de bienes existen los requisitos para que tal actuar del Estado pueda considerarse justificado. En tratándose del derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas y tribales, también debe entenderse que una limitación o restricción a ese derecho debe cumplir varios requisitos convencionales, a saber: a) que dicha restricción no implique una denegación en su subsistencia como pueblo; b) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice el derecho a la consulta del pueblo indígena; c) la realización de un estudio de impacto ambiental⁹³; y d) compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales o de la obra, según lo que la propia comunidad determine y resuelva según sus costumbres y tradiciones⁹⁴.

- **Medidas legislativas.**

102. Previo a la adopción de una medida legislativa que pueda llegar a afectar a la comunidad involucrada, el Estado tiene el deber de consultarles. Esta obligación ha sido profundizada por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la sentencia del caso *Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda (2000)*. En dicho caso, miembros del pueblo maorí enviaron una comunicación al Comité, sobre una ley de pesquerías adoptada por el Gobierno, en la cual se realizaron varias consultas con los pueblos afectados. Dicha ley violaba sus derechos territoriales y ponía en riesgo la supervivencia cultural de este pueblo. El

⁹³ Caso *Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz Vs. Honduras*, párr. 156.

⁹⁴ Caso *Pueblo Saramaka Vs. Surinam*, Op. Cit., párr. 129, y *Caso del Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*, Op. Cit. párr. 157.

Comité afirmó en su sentencia que *“la admisibilidad de las medidas que afecten a las actividades económicas de valor cultural de una minoría, o que interfieran en ellas, dependerá de que los miembros de esa minoría hayan tenido oportunidad de participar en el proceso de adopción de decisiones relativas a esas medidas y de que sigan beneficiándose de su economía tradicional”*⁹⁵.

103. Asimismo, en el 2000, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) y el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas recomendaron a Australia asegurar la participación efectiva de las comunidades indígenas, en particular respecto de unas enmiendas de leyes sobre títulos de tierras que podían menoscabar sus derechos a las tierras que habitaban⁹⁶.

F. Algunos casos sobre consulta previa en México.

104. Este derecho puede ser transgredido por diversas razones, entre las que destacan: falta de interés o voluntad política de parte de las autoridades de los tres órdenes de gobierno, ausencia de un marco legislativo adecuado, inconventionalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, la prevalencia de intereses económicos, ya que en ocasiones se da prioridad a la utilización del territorio indígena para fines turísticos, la construcción de megaproyectos como en el caso de la minería⁹⁷ o explotación de recursos naturales; esto debido a que gran parte de las comunidades, se encuentran asentadas en sitios de vasta riqueza natural⁹⁸.

⁹⁵ Comité de Derechos Humanos, Sentencia del caso Apirana Mahuika y otros vs. Nueva Zelanda, 2000, párr. 9.5.

⁹⁶ CEACR, Observación Final a Australia, 2000; Comité de Derechos Humanos, Observación Final a Australia, 2000.

⁹⁷ A diciembre de 2013, se estimaba que en México había 2.600 concesiones mineras en el país, muchas de las cuales estarían en territorios ancestrales de los pueblos indígenas sin su consentimiento. *Cfr.* CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 31 de diciembre de 2015, párr. 253.

⁹⁸ En este tenor, Rodolfo Stavenhagen manifestó que: *“Las poblaciones indígenas viven en medios rurales (...) esta situación ha cambiado rápidamente en las últimas décadas, a medida que los gobiernos nacionales, las grandes empresas y las instituciones multilaterales de financiación han ido dirigiendo su atención a las llamadas zonas no desarrolladas con el fin de extraer recursos naturales, establecer plantaciones y plantas*

105. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe sobre la situación de los derechos humanos en México del año 2015, advirtió que: *“Las graves violaciones a los derechos humanos en contra de los pueblos y comunidades indígenas en México se dan en dos áreas principales: violencia en el contexto de megaproyectos en tierras y territorios ancestrales **autorizados sin el debido proceso de consulta y consentimiento previo, libre e informado**; o en el marco de reivindicación de sus tierras, y faltas al debido proceso penal. **En varias ocasiones se han denunciado el otorgamiento de concesiones por parte del Estado a empresas privadas en violación del derecho a la consulta previa.** Como consecuencia de la lucha por sus tierras, también se ha recibido información sobre la criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos de los pueblos indígenas”*⁹⁹.

106. Son diversas las ocasiones en que la implementación del derecho a la consulta previa, ha sido incumplida o su proceso ha sido objeto de situaciones adversas que transgreden la libertad de decidir de los pueblos. Al respecto, Scott S. Robinson, integrante de la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad, advierte que si bien el gobierno federal ha efectuado varias consultas, *“la ambigüedad y discrecionalidad de las autoridades responsables se impone y no cumple con la supuesta buena fe que la acción reclama, violentando así el derecho de la participación política de las y los presuntos consultados”*¹⁰⁰.

107. A nivel nacional, la SCJN, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), Juzgados y Tribunales del Poder Judicial de la Federación, así como la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, mediante sus

industriales, desarrollar actividades turísticas, mejorar puertos, centros de comunicación o centros urbanos y construir redes de transporte, presas polivalentes, bases militares o vertederos de residuos tóxicos. Cuando estas actividades se producen en zonas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que sus comunidades sufran profundos cambios sociales y económicos que a menudo las autoridades competentes son incapaces de comprender y mucho menos de prever.” Stavenhagen, Rodolfo, op. cit., pág. 49

⁹⁹ CIDH. *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 31 de diciembre de 2015, párr. 252.

¹⁰⁰ Conferencia “El derecho a la consulta previa”, 04 de junio de 2015, Centro Nacional de Derechos Humanos. Participación de Scott Robinson, integrante de la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad.

resoluciones, han establecido lineamientos fundamentales para la implementación de la consulta en México, tales como: características principales, diferencia entre consulta y consentimiento, participación oportuna de las autoridades tradicionales, entre otros.

108. En el presente apartado, se analizarán algunos casos relacionados con la implementación del derecho a la consulta previa, libre e informada en México. En un primer momento se estudiarán tres asuntos cuyos hechos fueron objeto de queja y posterior recomendación por parte de esta Comisión Nacional, en segundo lugar se abordarán tres asuntos de relevancia a nivel nacional; lo anterior con el objeto de conocer y comprender las causas que restringen, limitan y restan efectividad al ejercicio de este derecho.

- ***Proyecto “Acueducto Independencia”.***

109. El conflicto social suscitado en el Valle Yaqui inició en el 2010, con motivo de la construcción del “Acueducto Independencia”, el cual tiene por objeto trasvasar agua de la cuenca del Río Yaqui a la del Río Sonora, afectando con ello, diversos derechos de la tribu Yaqui. El proyecto fue sometido a una Manifestación de Impacto Ambiental en la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), siendo autorizado en el 2011.

110. Estos actos del Estado de Sonora, fueron efectuados sin haber realizado el proceso de consulta indígena correspondiente, razón por la que el pueblo yaqui, decidió emprender acciones legales en contra de la Autorización de Impacto Ambiental; obteniendo en mayo de 2013, sentencia favorable de la SCJN. La Primera Sala del Alto Tribunal, decidió que debía restituirse en el pleno goce de la garantía violada, conminándola a respetar el derecho de audiencia previa, añadiendo que dicha autoridad en virtud del Convenio 169 de la OIT, tiene el deber de *“mandar llamar a los pueblos interesados por conducto de sus representantes legales, a los procedimientos que ante ellos se ventilen con la*

*finalidad de consultarlos para determinar si los intereses de dichos pueblos se pueden ver afectados*¹⁰¹.

111. Sobre la controversia, esta Comisión Nacional emitió la Recomendación 37/2012, en la que consideró vulnerados los derechos de la tribu yaqui a la legalidad, seguridad jurídica, desarrollo y trato digno, toda vez que el Gobierno del Estado de Sonora y funcionarios públicos de la SEMARNAT, incurrieron en desacato a un mandamiento judicial, omitieron implementar políticas públicas para la prevención de conflictos sociales; y, salvaguardar y respetar el debido proceso, la garantía de audiencia, y específicamente el derecho a la consulta previa de los integrantes del Pueblo Yaqui; factores que trasgredieron sus intereses colectivos.

112. En el contexto de la consulta ordenada por la SCJN, se han registrado obstáculos que podrían ser considerados formas de represión, tal es el caso de dos defensores de los derechos humanos de la Tribu Yaqui, específicamente de Vícam, en Sonora, quienes fueron detenidos y acusados por la probable comisión de los delitos de robo y privación ilegal de la libertad, elementos que a decir de las organizaciones que conforman la “Misión Civil de Observación”¹⁰², representan una “*campaña de represión en contra de esta comunidad indígena*”, vulnerando con ello el derecho a la consulta previa, principalmente a la consulta libre.

113. Este Organismo Autónomo tuvo conocimiento de los hechos, y emitió la Recomendación 43/2015 dirigida al Gobierno del Estado de Sonora, entre otras cosas, para indemnizar a las víctimas por la responsabilidad en que incurrió la Procuraduría General de Justicia, al haber consignado la indagatoria sin haber agotado una debida investigación sobre los usos y costumbres de la Tribu Yaqui, lo cual se tradujo en una violación a la libre autodeterminación y al debido proceso. Dicha Recomendación fue aceptada por el Gobierno del Estado de Sonora.

¹⁰¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo en Revisión 631/2012. Páginas 30 y 31.

¹⁰² Misión Civil de Observación. Consulta a la Tribu Yaqui. Una sentencia fallida. El incumplimiento del gobierno mexicano de la resolución emitida por la SCJN en el marco de la consulta a la tribu yaqui, pág 16.

- ***Pueblo indígena Wixárika.***

114. En el 2010, varias empresas mineras efectuaron operaciones en el área natural protegida y territorio sagrado denominado Wirikuta, en San Luís Potosí; estos proyectos mineros, ocasionaron daños irreparables a la comunidad, toda vez que para la explotación de los recursos, se emplearon materiales altamente contaminantes, transgrediendo el derecho a la propiedad, agua, salud, entre otros¹⁰³.

115. Ante tales circunstancias, el pueblo Wixárika promovió las acciones legales necesarias por la violación a los derechos a la propiedad, cultura y consulta, obteniendo la suspensión de las actividades de explotación de las concesiones mineras.

116. En el 2012 esta Comisión Nacional en la Recomendación 56/2012, concluyó que las autoridades responsables vulneraron los derechos humanos a la consulta y participación, al uso y disfrute de los territorios indígenas, a la identidad cultural, a un medio ambiente sano, al agua potable, al saneamiento y a la protección a la salud del pueblo Wixárika¹⁰⁴.

117. Específicamente, sobre el derecho a la consulta, se consideró que la Secretaría de Economía, SEMARNAT y CONAGUA vulneraron el carácter previo de la misma, al omitir consultar el otorgamiento de las concesiones mineras, de igual forma, no realizó un proceso de consulta libre e informada, ni hizo partícipe al

¹⁰³ La defensa de casos de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la respuesta del Estado mexicano: Retos y obstáculos en el cumplimiento de resoluciones judiciales. Octubre de 2014. Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan"; Centro de Derechos Humanos "Miguel Agustín Pro Juárez" (Centro Prodh); Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA); Coalición Internacional para el Hábitat, Oficina para América Latina (HIC---AL); Colectivas; Colectivo de Abogadas y Abogados; Fundar, Centro De Análisis e Información; Indignación, Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, Yucatán; Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario (IMDEC); Proyecto de Derechos Económicos Sociales y Culturales (ProDESC). Pág. 22.

¹⁰⁴ CNDH. Recomendación 56/2012, "Sobre la violación de los derechos humanos colectivos a la consulta, uso y disfrute de los territorios indígenas, identidad cultural, medio ambiente sano, agua potable y saneamiento y protección de la salud del pueblo Wixárika en Wirikuta".

pueblo Wixárika en los procedimientos que se siguen o se siguieron para otorgar concesiones o autorizaciones mineras en Wirikuta y en sus áreas adyacentes.

- ***Transgénicos.***

118. En el 2012, varias asociaciones civiles presentaron escritos de queja ante este Organismo Nacional, por considerar que autoridades del gobierno federal, habían concedido permisos de liberación al ambiente de soya genéticamente modificada, en agravio de los habitantes de comunidades indígenas asentadas en siete Estados de la República.

119. En oposición a estas decisiones estatales, representantes de las comunidades afectadas, acudieron a las instancias legales correspondientes con la finalidad de contravenir los efectos de la concesión del permiso de liberación al ambiente de organismos genéticamente modificados y la resolución favorable del Director General de Impacto y Riesgo Ambiental, de la Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental. En noviembre de 2015, la Segunda Sala de la SCJN resolvió dejar sin efectos el permiso de la SAGARPA, por lo que hace a los territorios de los municipios de Yucatán y Campeche, hasta que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados efectuaran la consulta.

120. Este Organismo Constitucional en la Recomendación 23/2015, consideró que dichos permisos debieron ser consultados previamente a las poblaciones involucradas, toda vez que este acto de autoridad, tendría como consecuencia la afectación de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas asentados en la zona. Las autoridades responsables, fueron omisas en aplicar el Convenio 169 la OIT, que obliga a los gobiernos a consultar a los pueblos indígenas.

121. Tanto la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como este Organismo Autónomo, advirtieron que la consulta pública a que hace

referencia el artículo 33 de la Ley de Bioseguridad, es un procedimiento que se establece para publicitar la solicitud hecha por la empresa interesada, con el objeto de que cualquier persona o el gobierno donde se pretende hacer la liberación, pueda emitir una opinión sustentada técnica y científicamente, consulta que en este caso no fue idónea ni culturalmente adecuada para satisfacer los requisitos establecidos por el Convenio 169 de la OIT y estándares internacionales.

- **Caso Cherán.**

122. Respecto del Municipio de Cherán, Michoacán, existen dos asuntos relacionados con el ejercicio de la consulta previa, libre e informada. El primero fue resuelto por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), mientras que el segundo, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

123. La comunidad de San Francisco Cherán, ubicada en el Estado de Michoacán, es una población integrada por indígenas purépechas. En el 2007, dicha comunidad decidió hacerse cargo de las tareas de seguridad, ante la ineficacia de las autoridades municipales para garantizarla.

124. En el 2011, integrantes de la misma, acudieron al Instituto Electoral de Michoacán para solicitar que los próximos comicios municipales, pudieran celebrarse conforme al sistema de usos y costumbres y no de conformidad con el sistema jurídico establecido en la Constitución local. La autoridad electoral del Estado consideró que al no existir normatividad al respecto, no podía conocer del asunto, por lo que se declaró incompetente.

125. Inconformes, los integrantes de San Francisco Cherán, acudieron al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación¹⁰⁵ por considerar que fueron vulnerados sus derechos políticos. El Tribunal decidió suspender las elecciones, reconociendo que los pueblos y comunidades indígenas, en ejercicio a la libre

¹⁰⁵ TEPJF. SUP-JDC-167/2012. Sentencia de 8 de febrero de 2012.

determinación, tienen derecho a elegir a sus representantes bajos sus propias normas, usos y costumbres.

126. En cumplimiento a lo ordenado por la Sala Superior del Tribunal Electoral, se consultó a los integrantes de la comunidad acerca de si era su deseo realizar las elecciones mediante su propio sistema, 4,849 personas votaron a favor y 8 en contra.

127. En diciembre del 2011, se suscitó una nueva controversia. El Congreso del Estado de Michoacán aprobó una reforma a la constitución local en materia indígena, sin haber consultado a las comunidades indígenas afectadas. La comunidad indígena de San Francisco Cherán, reclamó ante la SCJN, la afectación al ámbito competencial del municipio como parte del órgano de reforma a la Constitución del Estado de Michoacán. Al no haberse llevado a cabo la consulta previa al municipio indígena, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe a través de sus representantes, se violentó la facultad de participación que tiene el municipio indígena en términos del artículo 2o. de la Constitución Federal, a ser consultado previamente.

128. En mayo de 2014, la SCJN resolvió la Controversia Constitucional 32/2012 relacionada con el asunto, en el que el municipio quejoso alegó que el Estado no había cumplido satisfactoriamente con el carácter previo de la consulta, toda vez que los “foros de consulta” que se instauraron, no fueron adecuados por haber sido suspendidos y reanudados sin contar con suficientes participantes.

129. Ante estos hechos, el Alto Tribunal dispuso que al no constar *“en juicio que el Municipio de Cherán haya sido consultado previamente, de forma libre e informada mediante un procedimiento adecuado y de buena fe, a través de las instituciones que lo representan, es claro que el proceder del Poder Legislativo demandado violó su esfera de competencia y sus derechos, por lo que se impone declarar la invalidez de las normas impugnadas”*¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, correspondiente al 29 de mayo de 2014.

- **Proyecto eólico en Juchitán de Zaragoza.**

130. En el 2013, una empresa se situó en Oaxaca con la finalidad de emprender un proyecto eólico en territorio indígena zapoteco, sin antes haber procedido a la consulta. Autoridades municipales, estatales y federales como la SEMARNAT y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, han expedido los permisos para el desarrollo del mismo. Con tales actos, se han visto afectados los derechos a la consulta, libre determinación, medio ambiente y a la propiedad de la comunidad.

131. La Secretaría de Energía, junto con otras dependencias e instituciones de los tres órdenes de gobierno, con el objeto de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las propuestas de proyectos de infraestructura del sector energético, elaboraron el *“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 Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes”*. Se trata del primer megaproyecto consultado, con motivo de la reforma energética.

132. Este proceso fue examinado por el ex Relator Especial de Pueblos Indígenas de la ONU, James Anaya, quien para analizar el procedimiento e identificar los factores que impiden al Estado mexicano cumplir cabalmente con este derecho, en febrero de 2015 emitió sus observaciones, en las que recomendó que el Estado gestione la inclusión de las comunidades indígenas en el establecimiento de temas, y fechas, además de brindar respuestas a sus inquietudes, esto con la finalidad de evitar que la consulta se limite a la aceptación o rechazo de un proyecto ya definido en los términos propuestos por el Estado. Asimismo recordó, que el consentimiento implica *“la participación de los sujetos de la consulta en un proceso de retroalimentación sobre diseño, implementación, mitigación de consecuencias, precauciones a tomar, compensaciones, beneficios y otros aspectos del proyecto, con el objetivo de asegurar el respeto de los derechos*

*sustantivos de los pueblos indígenas afectados y de lograr un consenso sobre su viabilidad*¹⁰⁷.

133. El proceso de consulta tuvo lugar durante los meses de noviembre de 2014 a julio de 2015. Una vez implementado, la Secretaría de Energía anunció que se había obtenido el consentimiento de la comunidad, sin embargo, en agosto del mismo año, el organismo no gubernamental que representa a los afectados, interpuso un amparo en contra del proceso de consulta, toda vez que al decir de los denunciantes, fue un proceso viciado que no fue previo, libre, informado, ni de buena fe. Dicho amparo les fue concedido para el efecto de suspender las autorizaciones, permisos, aprobaciones, licencias y cambios de uso de suelo otorgados por autoridades federales y estatales a la empresa privada que llevaría a cabo el proyecto eólico¹⁰⁸.

- **Caso La Parota.**

134. En el 2003 la Comisión Federal de Electricidad (CFE) inició la construcción de la presa hidroeléctrica La Parota, en el Estado de Guerrero, cuya ejecución implicaría la inundación de 14,213 hectáreas, abarcando el territorio de 24 comunidades. Esto, además de representar una amenaza a diversos derechos humanos de los afectados, ocasionaría el desplazamiento de más de 20 mil personas.

135. Las comunidades indígenas involucradas, no fueron convocadas para participar en la planificación ni en la autorización del proyecto. En consecuencia, la población se organizó para conformar el Consejo de Ejidos y Comunidades Opositoras a la Presa La Parota, oposición que les ha valido ser víctimas de represión estatal.

136. En el 2005, la CFE efectuó una serie de asambleas agrarias que tendrían por objeto obtener el aval para *“iniciar el proceso expropiatorio y celebrar el convenio*

¹⁰⁷ Anaya, James (2015) Observaciones del Profesor S. James Anaya sobre la Consulta en el contexto del Proyecto Energía Eólica del Sur en Juchitán de Zaragoza, párr. 11.

¹⁰⁸ Información disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/10/15/estados/028n1est>

de ocupación previa con los comisariados ejidales y de bienes comunales de los respectivos núcleos agrarios". Cabe destacar que el Tribunal Unitario Agrario del Distrito 41, al resolver el juicio agrario de nulidad 360/2010, nulificó tales asambleas¹⁰⁹.

137. Los Relatores Especiales en materia de Vivienda y Pueblos Indígenas de la ONU, realizaron una visita para dar seguimiento a la forma en como han ocurridos los hechos. En sus informes concluyeron que *"la información generada por la CFE no ha logrado realmente llegar de una manera clara y precisa a los pobladores de la zona que se vería afectada"*¹¹⁰.

138. La Comisión Nacional ha identificado que en algunos casos de consulta previa han existido algunas prácticas por parte de las autoridades que deben evitarse, a saber:

- El carácter **previo** de la consulta es constantemente vulnerado. En algunos casos se advierte una tendencia de la autoridad a emitir las autorizaciones que dan lugar al proyecto, sin consultar ni hacer partícipe a la comunidad indígena en el otorgamiento de concesiones y permisos para la explotación de recursos.
- En algunos casos, la consulta se dio en un contexto de violencia, amenazas, hostigamiento, represión, criminalización hacia los integrantes y representantes de las comunidades, trasgrediendo con ello el carácter **libre** de este derecho¹¹¹.

¹⁰⁹ Informe *"La defensa de los casos de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y la respuesta del Estado mexicano: Retos y obstáculos en el cumplimiento de resoluciones judiciales"*, octubre 2014, pág. 17.

¹¹⁰ United Nations. Humans Rights Council. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development. *"Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non discrimination in this context, Miloon Kothari"*, párr. 75.

¹¹¹ La CIDH, en su informe sobre la situación de los derechos humanos en México sostuvo que: *"La violencia en el contexto de megaproyectos ha resultado en asesinatos, ejecuciones, hostigamiento y amenazas en contra de personas indígenas en muchos estados del país. La CIDH tuvo conocimiento de detenciones de*

- En cuanto al carácter **informado** se observa que algunas autoridades responsables han otorgado información poco clara y precisa, en ocasiones incompleta a los pueblos indígenas, sin que permita conocer los posibles riesgos ambientales y el impacto cultural que conllevaría el desarrollo de los proyectos mencionados. Así también, la autoridad fue omisa en dar respuesta a las preocupaciones e inquietudes planteadas por los afectados.
- En algunos asuntos las autoridades se condujeron sin apego al elemento de **buena fe**, toda vez que impulsaban campañas de desinformación entre las comunidades o las consultas resultaban ser medios para legitimar una propuesta.
- Algunas de las consultas analizadas carecieron de **procedimientos culturalmente adecuados**. Hubo casos en los que la autoridad no entregó la información con la calidad idónea, no la presentó en la forma requerida por el pueblo indígena, no se respetó la forma de tomar decisiones de las comunidades o sólo se consideraba el sector a favor del proyecto.
- Sobre la **pertinencia cultural** esta Comisión toma nota, de que en algunos casos no se contemplaron los tiempos de la comunidad para decidir las fechas de las asambleas, las cuales se llegaron a agendar en sus días festivos, lo que repercutió en la participación efectiva.

G. Importancia de una ley de consulta.

139. La falta de un ordenamiento específico que regule adecuadamente el proceso de consulta, tiene diversas consecuencias, principalmente, impide conocer de manera clara y precisa el contenido y alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, entorpece la eficacia del procedimiento de consulta previa, libre e informada, y afecta en los planes de participación de los beneficios.

líderes indígenas en Guerrero, Oaxaca, Chiapas, Quintana Roo, Sonora, Chihuahua y Puebla, entre otros, en relación con sus actividades en oposición a distintos megaproyectos". Cfr. CIDH. Informe sobre la situación de los derechos humanos en México, 31 de diciembre de 2015, párr. 254.

140. Asimismo, la articulación de una ley de consulta permitiría establecer procedimientos de consulta que tengan los estándares de protección más altos y vinculen a las autoridades para garantizar este derecho y en consecuencia proteger otros derechos íntimamente conectados como el de propiedad colectiva, identidad cultural, medio ambiente sano, etcétera.

141. Para garantizar el acceso, ejercicio y respeto de los derechos de las comunidades indígenas durante el desarrollo de proyectos e implementación de medidas administrativas o legislativas que los afecten, el Estado debe como mínimo, armonizar el orden jurídico con los estándares internacionales existentes sobre la materia. Asimismo, es necesario el diseño y adopción de políticas públicas y de un marco jurídico complementario, que aseguren la viabilidad del derecho a la consulta previa.

142. En opinión del Ex Relator James Anaya: *“la falta de un entendimiento común entre los interesados, incluidos los Estados, las empresas y los pueblos indígenas mismos, unida a la existencia de numerosas zonas grises tanto conceptuales como jurídicas han demostrado ser una fuente de conflictos sociales”*.

143. El Comisionado para el Diálogo con los Pueblos Indígenas de México, de la Secretaría de Gobernación (Segob), Jaime Martínez Veloz, en el marco de la instalación del Grupo de Trabajo para la armonización legislativa en materia de derechos indígenas, reconoció que la *“ausencia de reglas, ha generado aproximadamente 270 situaciones conflictivas en el país que requieren la atención del gobierno”*¹¹².

144. No obstante esta Comisión Nacional reconoce, que además de operativizar el ejercicio del derecho, se requiere de un enfoque multidimensional, de voluntad política y de la activa participación de los propios pueblos indígenas con base en el respeto a la diferencia y con sensibilidad intercultural. Igualmente, resulta de

¹¹² Comisión para el Diálogo de los Pueblos Indígenas de México. *“Se instala grupo de trabajo para la armonización legislativa en materia de derechos indígenas”*. Enlace: http://www.cdpim.gob.mx/v4/mirador/09_mirador_51.html.

vital importancia que las autoridades competentes, atiendan las resoluciones jurisdiccionales dictadas en beneficio de los derechos de los pueblos indígenas.

H. Acuerdo o Consentimiento y la tendencia hacia su vinculatoriedad.

145. La vinculatoriedad de los efectos de la consulta radica en el compromiso que asume el Estado en materia de pueblos indígenas al suscribir un tratado internacional y el que adquiere durante el proceso de diálogo.

146. La consulta es un instrumento de diálogo legítimo y eficaz en la prevención y resolución de conflictos, en la medida que sus resultados sean vinculantes¹¹³; y obrará en protección de los derechos humanos de los indígenas, siempre que se logre progresivamente el consentimiento libre, informado y en condiciones justas¹¹⁴.

147. El lenguaje del consentimiento previo ha sido incorporado, por ejemplo en la Declaración de los Pueblos Indígenas y en los pronunciamientos del Foro Permanente, que otorgan un poder de veto a las comunidades. Sin embargo, la mayoría de las fuentes de derecho internacional sobre el tema incorporan el lenguaje de consulta previa, sin exigir que los Estados y terceros logren el consentimiento de las comunidades afectadas, lo que resulta en una ambigüedad sobre el efecto que dichas consultas deben tener en el contenido y la realización de los proyectos y medidas consultadas.

148. La ONG *Due Process of Law Foundation*, ha sostenido que “[s]i la búsqueda del consentimiento no es el objetivo real de los procesos de consulta estos no tendrán validez, por carecer de un elemento esencial”¹¹⁵. El Ex Relator James

¹¹³ Observación general de la Comisión de Expertos sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 98° reunión, 2009.

¹¹⁴ Anaya, James (2013) Las industrias extractivas y los pueblos indígenas. ONU/A/HRC/24/41.

¹¹⁵ Due Process of Law (DPL). “*El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*”. 2011, p. 23.

Anaya, declaró que: *“cuando existe consentimiento en términos justos y equitativos, hay una presunción sólida a favor de la permisibilidad de la restricción a los derechos”*¹¹⁶.

149. Resulta de vital importancia que progresivamente se tienda a obtener el consentimiento previo, libre e informado, en los casos en que el impacto de los proyectos afecta de sobremanera la vida de los pueblos y comunidades. En el contexto internacional, se han identificado algunas situaciones que precisan del consentimiento libre e informado del pueblo interesado, ocasiones en las que de no obtenerlo, el Estado procedería a la suspensión del proyecto. De manera enunciativa, más no limitativa se mencionan los siguientes: el desplazamiento de las comunidades con motivo del proyecto, planes de desarrollo o de inversión a gran escala que representen un impacto mayor, proyectos extractivos que incidan en su cultura y medio ambiente de manera significativa, y con motivo de la creación de parques y reservas¹¹⁷.

150. El consentimiento previo, libre e informado, se encuentra previsto en el artículo 6° del Convenio 169, el cual habla sobre lograr el consentimiento de las medidas propuestas. Por su parte la Declaración de los Pueblos Indígenas establece en su artículo 19 que *“[L]os Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados 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”*.

151. Adicionalmente, el artículo 32 de la citada Declaración, establece que los Estados deben celebrar consultas con los pueblos indígenas interesados *“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*

¹¹⁶ Anaya, James. (2013). *“El deber estatal de consulta a los pueblos indígenas dentro del Derecho Internacional”*. Conferencia en el Evento “El rol de los Ombudsmen en América Latina: El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas”. Lima, Peru – 25 de abril de 2013.

¹¹⁷ Anaya, James. (2013). *“Las industrias extractivas y los pueblos indígenas”*. Op. Cit., pág., 24

con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo”.

152. El Comité de Derechos Humanos en 2009, en su decisión del caso *Poma Poma vs Perú*, afirmó que: *“para que la participación de los pueblos indígenas en la adopción de decisiones fuera efectiva, se requeriría su consentimiento previo, libre e informado y que la simple consulta era inadecuada para garantizar la protección de sus derechos bajo el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos”*¹¹⁸.

153. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), en su Recomendación General 23, también adoptó ese estándar, exhortando a los Estados que *“[g]aranticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”*¹¹⁹.

154. La importancia del cumplimiento del estándar de consentimiento en vez de una simple consulta ha sido puesta de relieve por el CEDR en sus observaciones finales a los Estados, en particular la que dirigió a Ecuador en el 2003 sosteniendo que: *“en relación con la explotación de los recursos naturales del subsuelo situados junto a las tierras tradicionales de las comunidades indígenas, el Comité observa que la simple consulta con estas comunidades antes de la explotación no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos en la Observación General XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité recomienda que se obtenga el consentimiento libre, previo e informado de estas comunidades”*¹²⁰.

¹¹⁸ Comité de Derechos Humanos. *Poma Poma vs Perú*, pp. 7.4 y 7.6.

¹¹⁹ CEDR, Recomendación General 23, 1997, art. 4º (d).

¹²⁰ CEDR, Observaciones finales sobre Ecuador, 2003, párr. 12.

155. Por su parte, el relator especial sobre Pueblos Indígenas, en su informe temático del 2003 sostuvo: [...] *[t]odo proyecto o estrategia de desarrollo a largo plazo que afecte a zonas indígenas debe contar con la plena participación de las comunidades indígenas, siempre que sea posible, en las fases de diseño, ejecución y evaluación. El consentimiento libre, previo e informado, así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos. Los gobiernos deben estar preparados a [para] trabajar estrechamente con los pueblos y organizaciones indígenas a fin de llegar a un consenso sobre los proyectos y estrategias de desarrollo, y establecer los mecanismos institucionales adecuados para abordar esas cuestiones*".

156. Por estas razones es importante diferenciar entre la consulta y el consentimiento. El estándar de la segunda figura es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su *consentimiento* libre e informado para que proceda la medida o proyecto que los afecte.

157. En el amparo en revisión 631/2012, la Primera Sala de la SCJN, realizó esta distinción al sostener que, no obstante lo deseable es alcanzar el consentimiento, ante la negativa de los pueblos consultados deberán ponderarse *"los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto"*¹²¹.

158. En caso de no obtener el consentimiento, el Estado debe evitar conducirse de manera que dificulte el diálogo en el futuro. Ante la oposición del pueblo a la consulta, el Estado no deberá insistir en realizarla, *"en tales circunstancias se puede considerar que la parte indígena mantiene una oposición clara en contra de*

¹²¹ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo en Revisión 631/2012, resuelto el 8 de mayo de 2013, pág. 87.

*la consulta con el Estado pero no ha renunciado a su derecho de no otorgar su consentimiento*¹²².

159. En cambio, para proceder con la medida, el Estado tendría que demostrar que la restricción responde a los intereses de la sociedad, fue preestablecida en la ley, es necesaria, proporcional, tiene por finalidad lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática y *“no implica la denegación de las tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la propia subsistencia del grupo o de sus integrantes”*¹²³. El Estado si puede cumplir con esta carga, demostrando por un lado, un interés válido estatal, por ejemplo, en la promoción del derecho al desarrollo de la población en general, y por otro lado, que el impacto sobre los derechos de los pueblos indígenas sería relativamente menor. Asimismo, deberá tomar todas las medidas de reparación del daño necesarias para el pueblo o comunidad indígena.

160. Esta Comisión Nacional considera fundamental precisar que es deseable que la consulta previa, libre e informada tenga progresivamente un carácter vinculante. El proceso de consulta previa se activa con la premisa de llegar a un acuerdo que vincule a las partes para su cumplimiento. Las autoridades no pueden sustraerse unilateralmente de los acuerdos pactados como resultado del proceso de consulta. Asimismo, cabe recordar que los proyectos que sean sometidos a consulta por parte del Estado deben ser realizados como resultado de la misma y no como premisa, es decir, la forma de garantizar con efectividad a los pueblos indígenas el derecho a la consulta previa es asegurando que la realización de los proyectos estatales sólo pueden ser viables como resultado del consentimiento en el proceso de consulta.

161. Finalmente, este Organismo Nacional reitera que en tanto se discuta y emita una ley específica de consulta previa, los diversos órdenes de gobierno deben garantizar este derecho, observando lo estándares normativos nacionales e

¹²² *Ibidem.*

¹²³ Corte IDH. *Caso del pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Párr. 128

internacionales en la materia, generar protocolos específicos y realizar cursos y talleres de capacitación sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos y comunidades indígenas.

Por las razones antes expuestas, esta Comisión Nacional de los Derechos Humanos formula, respetosamente, las siguientes:

IV. RECOMENDACIONES GENERALES.

Al Ejecutivo Federal:

UNICA. Presente una iniciativa de ley al Congreso de la Unión, sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos y comunidades indígenas del país que recoja como mínimo los estándares descritos en la presente Recomendación, previa consulta a los pueblos y comunidades indígenas.

Al Congreso de la Unión:

PRIMERA: Se estudie, discuta y vote, la iniciativa que, en su caso, presente el titular del ejecutivo federal respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, que integre como mínimo los requisitos que han sido establecidos en el texto de esta Recomendación.

SEGUNDA. En su caso, se estudie, discuta y vote una iniciativa que presente alguna de las dos cámaras, una legislación específica respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, que integre como mínimo los requisitos que han sido establecidos en el texto de esta Recomendación

TERCERA: Se asegure la participación de los pueblos y comunidades indígenas del país realizando consultas a las mismas, y se integre a las Organizaciones de la Sociedad Civil e instituciones académicas durante el procedimiento legislativo.

Al Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y los Titulares de los Poderes Ejecutivos de las Entidades Federativas:

UNICA. Se presente una iniciativa de ley al respectivo Congreso Local, sobre el derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos y comunidades indígenas que recoja como mínimo los estándares descritos en la presente Recomendación, previa consulta a los pueblos y comunidades indígenas del país

A los Poderes Legislativos de las Entidades Federativas:

PRIMERA: Se estudie, discuta y vote, la iniciativa que, en su caso, presente el titular del ejecutivo estatal respectivo, en relación con el derecho a la consulta previa, libre e informada, que integre como mínimo los requisitos que han sido establecidos en el texto de esta Recomendación.

SEGUNDA. Se estudie, discuta y vote una iniciativa de ley que presente alguno de los grupos parlamentarios al interior de los congresos locales, que contemple una legislación específica respecto del derecho a la consulta previa, libre e informada, que integre como mínimo los requisitos que han sido establecidos en el texto de esta Recomendación.

TERCERA: Se asegure la participación de los pueblos y comunidades indígenas del país realizando consultas a las mismas, y se integre a las Organizaciones de la Sociedad Civil e instituciones académicas durante el procedimiento legislativo.

162. La presente Recomendación es de carácter general, de acuerdo con lo previsto en el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6, fracción VIII, de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como 140, de su Reglamento Interno, fue aprobada por el Consejo Consultivo de esta Comisión Nacional en su sesión ordinaria 345 de fecha 11 de julio de 2016. La presente tiene el carácter de pública y se emite con el propósito de que se promuevan los cambios y modificaciones de disposiciones

normativas y prácticas administrativas que constituyan o propicien violaciones a los derechos humanos.

163. Con base en el mismo fundamento jurídico se informa a ustedes que las Recomendaciones Generales no requieren de aceptación por parte de las instancias destinatarias.

EL PRESIDENTE

LIC. LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ