

4 MARCO LEGAL NACIONAL SOBRE EL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO

4.1 EL DCCPLI EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Para comprender el alcance que tiene el derecho a la consulta dentro del marco constitucional mexicano es indispensable tomar como punto de partida los dos primeros artículos de la norma máxima. En primer lugar, el artículo 2° constitucional —relativo a los pueblos indígenas— en tanto que en él se reconoce de forma explícita el derecho a la consulta. En segundo lugar, el artículo 1° constitucional (reformado en julio de 2011) donde encontramos las claves que nos permite entender cómo se incorpora el derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno y por ende cuál es la jerarquía del Convenio 169 de la OIT dentro del marco constitucional mexicano. El estudio de la jerarquía del Convenio 169 requiere una explicación de los acontecimientos jurídicos más importantes en la última década, particularmente: a) la reforma constitucional de junio de 2011 y; b) la contradicción de tesis 293/2011, dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Por lo que se refiere a la reforma constitucional es importante destacar que el 10 de junio de 2011, se expidió un decreto de reforma de la Constitución Federal en materia de derechos humanos⁵⁴ que transformó de manera muy relevante la posición y el entendimiento de los derechos humanos en el país. Antes de dicha reforma, el Título

Primero del Capítulo I de la Carta Política se denominaba “De las garantías individuales” y en la actualidad lleva por nombre “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Ese cambio nominal, de apariencia poco sustancial, fue acompañado por la incorporación de un conjunto de principios y obligaciones estatales que trastocaron la comprensión y el alcance del discurso de los derechos humanos en el país. Para los objetivos de este informe, conviene resaltar la incorporación de los principios de “interpretación conforme” y “pro persona”, además de las obligaciones hacia todas las autoridades estatales de promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos.

Por lo que se refiere al principio de interpretación conforme y la relación entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución, el artículo 133 (que no se modificó con la reforma) señala que la Constitución, las leyes emanadas del Congreso y los tratados internacionales constituyen la Ley Suprema de toda la Unión. Antes de la modificación al artículo 1°, la SCJN había concluido en distintas ocasiones que los tratados internacionales se ubicaban jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y encima de las leyes generales, federales y locales.⁵⁵

54. Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio de 2011, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf

55. Novena Época; Registro: 192867; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, noviembre de 1999; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. LXXVII/99; Pág. 4; asimismo, véase Novena Época; Registro: 172650; Instancia: Pleno; Tesis Aislada, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, abril de 2007; Materia(s): Constitucional, Tesis: P. IX/2007, p. 6.

La reforma de derechos humanos de 2011 significó un giro trascendental en tanto que el ordenamiento jurídico mexicano ahora reconoce igual jerarquía a los derechos consagrados en los tratados internacionales en relación con los derechos de fuente constitucional.

La reforma de derechos humanos de 2011 significó un giro trascendental de esa línea interpretativa en tanto que el ordenamiento jurídico mexicano ahora reconoce igual jerarquía a los derechos consagrados en los tratados internacionales en relación con los derechos de fuente constitucional.⁵⁶ Esto significa que el principio de supremacía constitucional se flexibiliza al otorgar el mismo valor como fundamento de validez a un bloque de derechos que tienen una fuente distinta a la constitucional.

En primer lugar, el párrafo segundo del artículo 1º contempla la obligación de interpretación conforme en directo vínculo con el principio pro persona. El mandato de interpretación conforme implica una técnica interpretativa por medio de la cual “los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales –y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales–”.⁵⁷ La cláusula de interpretación conforme constituye, además, una respuesta efectiva para asumir la obligación de ejercer un control de convencionalidad, establecida por la Corte IDH.⁵⁸ A su vez, el principio pro persona conecta con la interpretación conforme al ser el criterio normativo e interpretativo de prioridad, pues se debe preferir “aplicar la norma más amplia o la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.⁵⁹

A partir de lo anteriormente señalado, se desprenden las siguientes conclusiones sobre la jerarquía actual del Convenio 169 de la OIT en el ordenamiento jurídico mexicano:

56. Jorge Ulises Carmona Tinoco, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 44 y 45.

57. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 358.

58. José Luis Caballero Ochoa, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coord.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 119.

59. Mónica Pinto, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Martín Abregú (coord.), *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997, p. 163.

1. En virtud del artículo 133 constitucional, el Convenio 169 es norma suprema de la Nación (como tratado internacional, en términos generales).
2. Como consecuencia del primer párrafo del artículo primero constitucional, los derechos humanos contenidos en el Convenio 169 gozan de jerarquía constitucional y constituyen un parámetro de regularidad constitucional para determinar la validez de cualquier norma.
3. En seguimiento a lo prescrito por el segundo párrafo del artículo primero de la Constitución Mexicana, y por tratarse el Convenio 169 de un tratado internacional de derechos humanos, existe la obligación de interpretar las normas de derechos humanos⁶⁰ sobre pueblos indígenas (entre ellas el derecho a la consulta y al consentimiento) conforme a lo establecido por el Convenio 169.

4.2 DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO EN LA LEGISLACIÓN FEDERAL

El derecho a la consulta fue reconocido por nuestro ordenamiento constitucional en agosto de 2001, dentro del artículo 2°. Al aplicar o desarrollar dicha disposición, las autoridades competentes deben acudir al principio de interpretación conforme, establecido en el artículo 1° de la Constitución. Una de esas autoridades competentes es el propio Poder Legislativo federal, el cual está obligado por la Constitución y los tratados internacionales a diseñar y aprobar las leyes necesarias para asegurar que este derecho humano sea respetado, protegido y garantizado.

Por esa razón, desde 2003, el Poder Legislativo federal comenzó a abordar el tema del derecho a la consulta previa, libre e informada para regularlo. Ello no se ha hecho a través de una ley general o federal que regule el derecho en su conjunto, sino que ha ido sucediendo “por goteo”, a través de distintas normas que se relacionan con los pueblos indígenas, ya sea porque reglamentan temas relativos a los pueblos o bien porque promueven o impulsan proyectos de inversión con capacidad de afectar su autonomía y territorios. Cabe destacar que ninguna de estas leyes, a pesar de incluir disposiciones susceptibles de afectar a comunidades indígenas, fue consultada con los pueblos en sus procesos de elaboración legislativa, ni siquiera las normas más recientes relativas a la reforma energética.⁶¹

Ley General de Derechos Lingüísticos

La primera ley federal que incorporó este derecho en marzo de 2003 fue la Ley General de Derechos Lingüísticos.

60. “Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.” Corteidh, “El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, opinión Consultiva oC2/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 29; ver también, “otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, opinión Consultiva oC1/82, 24 de septiembre de 1982, párr. 24. Ver también Corte Internacional de Justicia (CIJ), opinión Consultiva relativa a “las Reservas a la Convención sobre la Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio”, 28 de mayo de 1951.

61. Informe conjunto de sociedad civil sobre los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales en México, 2017. Informe alternativo a los Informes V y VI Periódicos combinados del Estado mexicano ante el Comité DESC de la ONU, pp. 16, disponible en <http://www.socialwatch.org/sites/default/files/swindia/Otros/2018-Mexico-Informe-DESCA-esp.pdf>

Dos meses después, la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas hizo lo propio en el artículo 3° fracción VI. A partir de entonces, otras normas que regulan materias que pueden involucrar a comunidades indígenas han ido incorporando de forma muy heterogénea, con distintos fraseos y fórmulas, el derecho a la consulta. Tal es caso de algunas leyes en materia energética, como la Ley de Hidrocarburos y la Ley de la Industria Eléctrica (2014) que desde su aprobación incluyeron el derecho. De igual manera se retomó en la nueva Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (2018), que en su versión anterior ya había incorporado el derecho, mediante una modificación realizada en 2012.

Tal como se ha señalado, las dos primeras leyes que incorporaron el derecho a la consulta en 2003 fueron la Ley General de Derechos Lingüísticos⁶² y la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.⁶³ La primera establece en su artículo 7 a) que:

Las lenguas indígenas serán válidas, al igual que el español, para cualquier asunto o trámite de carácter público, así como para acceder plenamente a la gestión, servicios e información pública. Al Estado corresponde garantizar el ejercicio de los derechos previstos en este artículo, conforme a lo siguiente: a) En el Distrito Federal y las demás entidades federativas con municipios o comunidades que hablen lenguas indígenas, los Gobiernos correspondientes, en consulta con las comunidades indígenas originarias y migrantes, determinarán cuáles de sus dependencias administrativas adoptarán e instrumentarán las medidas para que las instancias requeridas puedan atender y resolver los asuntos que se les planteen en lenguas indígenas.

Como puede observarse, se trata de una disposición muy específica, que si bien establece quiénes son los sujetos del

derecho y las autoridades responsables, no dice nada sobre cómo se llevaría a cabo la consulta. Su único objetivo es decidir cuales dependencias administrativas serán las que deberán auxiliar a las demás cuando se les plantee un asunto en lengua indígena. Se trata de una consulta para elegir a la autoridad que va a auxiliar en la traducción.

LEY DE LA COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Una segunda ley que incorporó el derecho a la consulta es la de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.⁶⁴ Se trata de un instrumento normativo importante porque reglamenta la actividad de la autoridad especializada del Poder Ejecutivo que ha sido creada, ex profeso, para abordar las problemáticas indígenas en el país. Dentro de dicha ley existen varias normas que aluden al tema de la consulta indígena. En el artículo 2° de la ley se establece que:

La Comisión tiene como objeto orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lo que tendrá las siguientes funciones: [...]

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

[...]

XVI. Establecer las bases para integrar y operar *un sistema de información y consulta indígena*, que permita la

62. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/257_171215.pdf

63. <http://www.cdi.gob.mx/normateca/dmdocuments/ley-de-la-cdi.pdf>

64. Esta Ley fue abrogada en diciembre de 2018 y sustituida por Ley del Instituto Nacional para los Pueblos Indígenas. Fue una propuesta de la nueva administración de López Obrador y se creó por la nueva legislatura, de mayoría de Morena, partido en el Gobierno. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5545778&fecha=04/12/2018

En el momento de cierre del estudio no fue posible realizar un análisis pormenorizado de esta Ley. Aunque destacan diversos puntos encaminados a reconocer, proteger y garantizar el derecho a la libre determinación y la autonomía de los pueblos. En materia de consulta se faculta al Instituto como órgano técnico de los procesos de consulta previa, libre e informada, cada vez que vayan a tomarse medidas administrativas y legislativas susceptibles de afectar a dichos pueblos (Art. 8, fracción XXIII), de igual manera, entre sus principios de actuación está el de garantizar el derecho a la consulta y al consentimiento previo libre e informado de los pueblos y comunidades afromexicanas en relación con las medidas antes citadas (Art. 6, Fracción VII). Una opinión calificada de la Ley fue realizada por la relatora de Pueblos Indígenas de la ONU, disponible en: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=24220>

más amplia participación de los pueblos, comunidades, autoridades e instituciones representativas de éstos, en la definición, formulación, ejecución y evaluación de los programas, proyectos y acciones gubernamentales.

Se trata de dos fracciones de un mismo artículo que mandatan la creación de sistemas de consulta para asegurar la participación de las comunidades indígenas, sus autoridades o representantes en la formulación, ejecución y evaluación de planes y programas de desarrollo, así como de los programas, proyectos y acciones gubernamentales. El que existan dos fracciones del mismo artículo que se refieren a la misma materia, y que establecen obligaciones similares, aunque con algunas diferencias, genera una cierta confusión. No especifica si la ley mandata la creación de dos sistemas de consulta, uno dentro del Consejo Consultivo de la CDI y otro fuera; uno para planes y programas de desarrollo y otro para acciones gubernamentales, o si se trata del mismo. En cualquier caso, hay que decir que la CDI tiene una Dirección General de Consulta y sus delegaciones en los estados para llevar a cabo las consultas en los pueblos y que ha diseñado protocolos para el ejecutivo como herramientas orientadoras para planear y poner en marcha los procesos de consulta. Se trata de una autoridad que, de acuerdo con la propia información publicada en su página, ha intervenido en más de sesenta consultas en el país asesorando a otras autoridades obligadas a consultar a los pueblos.

La misma ley de la CDI establece en el artículo 3° que la institución deberá guiarse por distintos principios y en la fracción VI de dicho artículo establece: “[c]onsultar a pueblos y comunidades indígenas cada vez que el Ejecutivo Federal promueva reformas jurídicas y actos administrativos, programas de desarrollo o proyectos que impacten significativamente sus condiciones de vida y su entorno”.

Se trata de un artículo que complementa al 2°, fracciones IX y XVI de la Ley, que también da lugar a dudas y posibles contradicciones entre ambas disposiciones. Por un lado, el artículo 2° de la ley mandata la creación instrumentos de consulta con el objetivo de cumplir con las obligaciones derivadas del derecho a la consulta establecidos en el artículo 2° constitucional y así garantizarlo. Sin embargo, en el artículo 3° de la ley la consulta no aparece como derecho sino como principio, colocando a la consulta en un estatus jurídico diferente, generando confusión.

Preocupa aún más la redacción de esta fracción VI pues señala que se deberá consultar a los pueblos y comunidades cuando las reformas, actos o programas afecten de forma significativa las condiciones de vida de los pueblos. Este énfasis sobre “proyectos que impacten significativamente” supone introducir un elemento no previsto en los estándares internacionales y constitucionales aplicables. En efecto, los estándares internacionales establecen que el derecho a la consulta podrá exigirse siempre que cualquier medida (norma, acto, programa, etc.) sea susceptible de afectar a los pueblos. Ni en el Convenio 169, ni en la DNUDPI se alude al grado de impacto que deban tener los proyectos para que los pueblos puedan ejercer su derecho a ser consultados. Este elemento incluido en la citada ley, que podría tener vicios de inconventionalidad, ha sido utilizado por tribunales en el país para limitar el derecho a la consulta, condicionándolo a que se demuestre el alcance significativo de los impactos.⁶⁵

LEY DE PLANEACIÓN

Otro texto legal que incorporó el derecho a la consulta, mediante una reforma en junio de 2003, es la Ley de Planeación.⁶⁶ Fue un intento por reglamentar la obligación de consultar a los pueblos en los planes de desarrollo

65. SCJN, Amparo en Revisión 499/2015. Caso Apicultores mayas de Campeche afectado por siembra de soya transgénica promovida por la empresa Monsanto.
66. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/59_160218.pdf

prevista en el artículo 2º constitucional. Sin embargo, su regulación es sumamente escueta y no se orienta por los parámetros internacionales. Con la lectura del artículo 20 de la ley puede corroborarse dicha aseveración. En sus párrafos tercero y cuarto se establece que:

[...] Las comunidades indígenas deberán ser consultadas y podrán participar en la definición de los programas federales que afecten directamente el desarrollo de sus pueblos y comunidades.

Para tal efecto, y conforme a la legislación aplicable, en las disposiciones reglamentarias deberán preverse la organización y funcionamiento, las formalidades, periodicidad y términos a que se sujetarán la participación y consulta para la planeación nacional del desarrollo.

En la misma sintonía, el artículo 20 Bis reitera:

En los asuntos relacionados con el ámbito indígena, el Ejecutivo Federal consultará, en forma previa, a las comunidades indígenas, para que éstas emitan la opinión correspondiente.

Como puede advertirse, solo se atribuye esta obligación al Ejecutivo Federal sin determinar expresamente la dependencia encargada de llevarla a cabo. Puede colegirse que dicha atribución recae en la CDI ya que en su ley constitutiva, antes analizada, quedó como responsable de diseñar y operar un sistema de consulta indígena encaminado a promover la participación de autoridades y pueblos indígenas en la formulación, ejecución y evaluación de planes y programas de desarrollo (artículo 2, fracción IX). Además, dicho órgano reportó en su sitio oficial la aplicación de la consulta sobre prioridades de desarrollo de las comunidades indígenas y afrodescendientes, correspondientes al Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.⁶⁷

Por otra parte, la regulación solo suscribe el carácter previo de la consulta sin hacer mención a los parámetros de libre, informada, culturalmente adecuada y de buena fe. Asimismo, el fin de este proceso es recabar la “opinión” de

los pueblos y no buscar un acuerdo o su consentimiento, como dicta el Convenio 169 de la OIT. Si bien la ley remite a un reglamento posterior el desarrollo de esta normativa, a la fecha no se ha promulgado esta disposición.⁶⁸

LEY DE BIOSEGURIDAD DE ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS

En este orden, otra de las leyes que incorporó el derecho fue la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados,⁶⁹ que entró en vigor el 18 de marzo de 2005. En el párrafo tercero del artículo 108 de dicha norma se establece que:

La CIBIOGEM, además, realizará los estudios y las consideraciones socioeconómicas resultantes de los efectos de los OGMs que se liberen al ambiente en el territorio nacional, y establecerá los mecanismos para realizar la consulta y participación de los pueblos y comunidades indígenas asentadas en las zonas donde se pretenda la liberación de OGMs, considerando el valor de la diversidad biológica.

Esta disposición queda complementada por el artículo 54 del reglamento de la Ley de Bioseguridad donde se establece que:

La consulta y participación de los pueblos y comunidades indígenas asentadas en las zonas donde se pretenda la liberación de los OGMs se realizará de conformidad con los mecanismos que para el efecto determine la CIBIOGEM.

Se trata de dos disposiciones que se refieren de forma muy general al derecho a la consulta, señalando que los titulares del derecho son los pueblos por lo que se entiende que se refiere al derecho a la consulta establecido en el convenio 169 de la OIT; sin embargo, no se alude a los componentes del derecho ni a ningún procedimiento que deba seguirse. También conviene subrayar que sí se señala a la CIBIOGEM como autoridad responsable de cumplir con el derecho en materia de transgénicos.

67. CDI, Informe Final de la referida consulta (2013), disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37013/cdi_consulta_prioridades_indigenas.pdf

68. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regla.htm>

69. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LBOGM.pdf>

LEY GENERAL DE DESARROLLO FORESTAL SUSTENTABLE

Una quinta norma que regula el derecho a la consulta previa, libre e informada es la nueva Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (2018).⁷⁰ Esta incorporación normativa ya tenía un antecedente en la reforma de la norma anterior, realizada en 2012, que estableció:

Artículo 134 Bis. Los propietarios y legítimos poseedores de terrenos forestales que, como resultado de un manejo forestal sustentable, conserven y/o mejoren los servicios ambientales, recibirán los beneficios económicos derivados de éstos.

Los instrumentos legales y de política ambiental para regular y fomentar la conservación y mejora de los servicios ambientales, deben garantizar el respeto a las salvaguardas reconocidas por el derecho internacional, así como lo siguiente:

I. Consentimiento libre, previo e informado de ejidos, comunidades y pueblos indígenas.

En este supuesto, el DCCPLI quedó restringido al tema de los servicios ambientales en materia forestal. Sin embargo, en el marco legal actual se amplió la materia, quedando la regulación de la siguiente forma:

Artículo 8. En el Marco de Implementación y Cumplimiento se integrará el conjunto de principios, lineamientos y procedimientos para garantizar el respeto y aplicación de las salvaguardas y los derechos humanos, bajo el principio de protección más amplia a las personas, para reducir al mínimo los riesgos sociales y ambientales.

[...]

Los instrumentos legales y de política para regular y fomentar la conservación, mejora y desarrollo de los recursos forestales, deben garantizar el respeto a las salvaguardas reconocidas por el derecho internacional, así como lo siguiente:

I. Consentimiento libre, previo e informado de ejidos, comunidades y pueblos indígenas;

[...]

De la redacción anterior vigente, interesa destacar que el nuevo instrumento retoma el planteamiento de ampliar al sujeto de derecho, incluyendo además de pueblos indígenas a ejidos y otras comunidades (no indígenas). Si bien esta redacción puede tener una lectura progresista, a la vez abre una importante discusión no resuelta y con muchas aristas, sobre si el DCCPLI podría ser invocado por otras comunidades como las campesinas y no exclusivamente indígenas.

De igual forma, conviene subrayar que la redacción actual, siguiendo el espíritu del texto legal anterior, concibe la consulta como consentimiento previo, libre e informado recuperando así los mejores estándares del derecho internacional, según los cuales la regla fundamental del DCCPLI es obtener el consentimiento de los pueblos frente a cualquier acto o medida que impacte sus territorios. También es importante señalar que el texto incorpora los elementos fundamentales del derecho, reconocidos a nivel internacional, como es el carácter previo, libre e informado.

Por último, no se establece de forma expresa cuál será la dependencia encargada de llevar a cabo los procedimientos de consulta. Ni la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat), ni el Consejo Nacional Forestal (CONAFOR) –principales responsables del cumplimiento de la Ley– prevén dentro de sus facultades esta obligación,⁷¹ dando lugar a la ambigüedad y a la falta de cumplimiento del deber de consulta. De una interpretación extensiva de la norma podría entenderse que la CONAFOR, como instancia especializada quien tiene a cargo un conjunto de atribuciones asociadas a la materia de estas consultas, sería la autoridad facultada. Asimismo, el artículo 20 le otorga atribuciones en un sentido amplio, pues junto con las expresamente señaladas en la ley se incluyen “todas aquellas que sean necesarias para poder cumplir con su objeto”.

LEY DE HIDROCARBUROS Y LEY DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

Las dos siguientes leyes, en línea de tiempo, que incorporaron la consulta de forma simultánea (11 de agosto de 2014), en tanto que fueron promulgadas en la misma fecha, son la

70. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGDFS_050618.pdf

71. Véase artículos 14 y 20.

Ley de la Industria Eléctrica⁷² y la Ley de Hidrocarburos.⁷³ La primera estableció en la fracción VIII de su artículo 11 que la Secretaría de Energía está facultada para “llevar a cabo los procedimientos de consulta, y resolver sobre las evaluaciones de impacto social para proyectos de infraestructura relacionados con la industria eléctrica”.

Y en el artículo 119 –que forma parte del capítulo del impacto social y desarrollo sustentable– de la misma ley que:

Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria eléctrica, la Secretaría deberá llevar a cabo los procedimientos de consulta necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan. En dichos procedimientos de consulta podrán participar la CRE, las empresas productivas del Estado y sus empresas subsidiarias y filiales, así como los particulares

Si bien estos artículos de la Ley de la Industria Eléctrica no desarrollan con demasiado detalle el DCCPLI, y las precisiones se hacen en el reglamento de la misma, preocupa que se haga explícito en el segundo párrafo del artículo 119 la posible participación de particulares en la consulta. Ello supone abrir la puerta desde la ley reglamentaria para que las empresas privadas, interesadas en desarrollar los proyectos, puedan involucrarse en esos procesos poniendo en riesgo la imparcialidad de los mismos. Claramente, los particulares que compiten en el mercado buscarán posicionar sus intereses económicos por encima de cualquier otro. Sobre el particular, la CIDH ha sido enfática al subrayar que la obligación de consultar es una responsabilidad única del Estado y en ella no pueden participar quienes buscan obtener una concesión o contrato de inversión. Incluir

a las empresas en las consultas –según la CIDH– tienen enormes riesgos en tanto se produce “...una privatización de facto de la responsabilidad de Estado”, que suele dejar a un lado el marco de derechos debido a que los actores corporativos son, por definición, entidades no imparciales que buscan generar ganancias.⁷⁴

El reglamento de la Ley de la Industria Eléctrica tiene un capítulo específico sobre la consulta, que amplía la ley de forma significativa y precisa el derecho con bastante detalle, recuperando muchos de los estándares internacionales sobre el derecho en cuestión.⁷⁵

Como se desprende de los artículos 89 al 92 de dicho reglamento, queda claro que los titulares del derecho son comunidades y pueblos indígenas; reconociéndose, por tanto, una titularidad colectiva del derecho. La ley y el reglamento también son claros en relación con aquello que debe ser consultado, que en el caso son todos aquellos proyectos de la industria eléctrica que se desarrollen en el territorio de comunidades y pueblos indígenas. Por lo que se refiere a la autoridad que debe llevar a cabo el procedimiento, la ley señala que es la Sener. Sin embargo, también establece que ésta deberá coordinarse con la Secretaría de Gobernación y con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Además, se prevé la posibilidad de que la Sener determine si existen otras autoridades federales, estatales o municipales que –dependiendo de la naturaleza del proyecto– puedan participar en el proceso.

Por lo que se refiere a los criterios y principios que deben seguir las autoridades al celebrar las consultas, tanto el artículo 89 como el 91 reconocen muchos de los que están establecidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 89 señala que “los procedimientos de consulta se llevarán a cabo libres de coacción, propor-

74. Véase CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, 2009, párr. 291, disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

75. Artículo 89. La Secretaría será la responsable de los procedimientos de consulta relativos a los proyectos de la industria eléctrica que se desarrollen en comunidades y pueblos indígenas, a que se refiere el artículo 119 de la Ley y emitirá las disposiciones administrativas correspondientes para los procedimientos de consulta conforme a las fases que establece el artículo 92 del presente Reglamento. En el caso de proyectos desarrollados por las empresas productivas del Estado, éstas llevarán a cabo los procedimientos de consulta en términos de las disposiciones administrativas referidas en el párrafo anterior, contando con el visto bueno de la Secretaría. Los procedimientos de consulta se llevarán a cabo libres de coacción, proporcionando información, vasta, veraz y culturalmente pertinente a los pueblos y comunidades indígenas asociados al proyecto.

Artículo 90.- La Secretaría realizará la consulta a que se refiere el artículo 119 de la Ley, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Lo anterior, sin perjuicio de que la Secretaría determine que otras dependencias o entidades federales, estatales y municipales, en el ámbito de su competencia y dada la naturaleza del proyecto a consultarse, deban participar.

Artículo 91. La consulta a que se refiere el artículo 119 de la Ley se realizará a las comunidades y pueblos indígenas, a través de sus instituciones representativas y

cionando información, vasta, veraz y culturalmente pertinente a los pueblos y comunidades indígenas asociados al proyecto”. Por su parte, el artículo 91 detalla que las consultas deberán llevarse a cabo a través de las instituciones representativas de los pueblos

[...] y mediante procedimientos apropiados, con el fin de alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento libre e informado. La consulta a que se refiere el artículo 119 de la Ley observará los principios rectores de buena fe, libertad, información, pertinencia cultural, transparencia, acomodo y razonabilidad. Asimismo, seguirá los estándares nacionales e internacionales en la materia.

Puede decirse que están recogidos en esta redacción, de forma explícita, prácticamente todos los elementos, principios y objetivos del derecho a la consulta, salvo el que debe tener un carácter previo. Sin embargo, al señalar que se seguirán los estándares nacionales e internacionales en la materia esta última omisión podría considerarse subsanada.

Como se señaló más arriba, con misma fecha se publicó la Ley de Hidrocarburos, cuyo artículo 120 estableció el derecho a la consulta con la siguiente redacción:

Artículo 120. Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria de Hidrocarburos, la Secretaría de Energía deberá llevar a cabo los procedimientos de consulta previa, libre e informada necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan. En dichos procedimientos de consulta la Secretaría de Energía podrá prever la participación de la Agencia, las empresas productivas del Estado y sus subsidiarios y

empresas filiales, así como Particulares, conforme a la normatividad aplicable.

Los procedimientos de consulta tendrán como objeto alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento conforme a la normatividad aplicable.

La Secretaría de Energía, previa opinión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, podrá prever en las Asignaciones, así como dentro de los términos y condiciones que establezca para las licitaciones, los montos o las reglas para la determinación de los mismos, que el Contratista o Asignatario deberá destinar para el desarrollo humano y sustentable de las comunidades o localidades en las que realicen sus actividades, en materia de salud, educación, laboral, entre otras, sin menoscabo de las obligaciones del Estado.

Si bien la redacción de esta segunda ley (en lo que se refiere a la consulta) no es idéntica a la de la industria eléctrica, tiene muchas similitudes en el contenido. Las dos leyes surgidas en la misma fecha no difieren en el asunto de los titulares del derecho que en este caso son también los pueblos o comunidades como sujetos colectivos. Tampoco difiere en la identificación de la principal autoridad responsable, que también es la Sener, y la necesaria coordinación que debe haber entre la Secretaría de Gobernación y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, como lo establece el artículo 85 del reglamento.

En el caso de los hidrocarburos, el artículo 86 del reglamento señala que las consultas se llevarán a cabo a través de las instituciones representativas de los pueblos, mediante procedimientos apropiados y con el fin de alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento. Sobre esto último no queda claro en el reglamento cuándo se buscará un acuerdo o cuándo se debe obtener el consentimiento. El segundo párrafo del artículo 86 señala que en las consultas deberán

mediante procedimientos apropiados, con el fin de alcanzar un acuerdo u obtener el consentimiento libre e informado. La consulta a que se refiere el artículo 119 de la Ley observará los principios rectores de buena fe, libertad, información, pertinencia cultural, transparencia, acomodo y razonabilidad. Asimismo, seguirá los estándares nacionales e internacionales en la materia.

Artículo 92. La consulta a que se refiere el artículo 119 de la Ley comprenderá, al menos, las siguientes fases generales: I. Plan de Consulta: La planeación que lleve a cabo la Secretaría para la realización de la consulta, y el establecimiento de la coordinación con las dependencias y entidades señaladas en el artículo 90 de este Reglamento; II. Acuerdos previos: Las definiciones que la Secretaría y las autoridades tradicionales o representativas de las comunidades y pueblos indígenas convienen sobre la forma en la que se llevará a cabo la consulta; III. Informativa: La entrega de información suficiente y culturalmente pertinente a las comunidades y pueblos indígenas sobre el proyecto que se somete a consulta; IV. Consultiva: El periodo de diálogo que ocurre al interior de la comunidad o pueblo indígena para la toma de decisiones sobre la aceptación del proyecto sometido a consulta; V. Deliberativa: La construcción de acuerdos o la obtención del consentimiento libre e informado, según sea el caso, sobre el desarrollo del proyecto sometido a consulta, y VI. Seguimiento de acuerdos: El monitoreo del cumplimiento de los acuerdos adoptados, utilizando el mecanismo que para tal efecto defina la comunidad o pueblo indígena consultado.

observarse los principios de buena fe, libertad, información, pertinencia cultural, transparencia y se repiten acomodo y razonabilidad, que no se sabe lo que son. Al igual que en la ley de la industria eléctrica, también sorprende que no se incluya el carácter previo de la consulta. Por otro lado, el reglamento de la Ley de Hidrocarburos también prevé, en su artículo 87, que la consulta tendrá seis fases: plan de la consulta, acuerdos previos, informativa, deliberativa, consultiva y, finalmente, seguimiento de acuerdos.

Es muy importante subrayar que aun cuando estas dos últimas leyes hayan buscado armonizar sus criterios sobre la consulta con los estándares internacionales, el intento queda limitado frente a otras figuras previstas en ambas leyes, tales como las figuras de uso y ocupación temporal de los territorios que favorecen el acceso preferente de las empresas, en perjuicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas.⁷⁶

LEY DE ENERGÍA GEOTÉRMICA

Otra norma que también incorporó el derecho a la consulta es la Ley de Energía Geotérmica, que entró en vigor el 11 de agosto de 2014. Su artículo 4° establece que:

Las actividades a que se refiere la presente Ley son de utilidad pública, preferente sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del subsuelo de los terrenos. Lo anterior, salvo que se trate de usos o aprovechamientos por actividades de la industria de los hidrocarburos. Las actividades que regula esta Ley deberán realizarse con estricto apego a la normatividad y disposiciones que resulten aplicables, incluidas aquellas relativas a la consulta indígena, previa, libre e informada. Lo anterior, respetando en todo momento los derechos humanos y sociales de los particulares, ejidatarios, comuneros o dueños de los predios de que se trate.

Como puede observarse, se trata de un artículo que incluye de forma muy general la obligación de emprender consultas indígenas de forma previa, libre e informada. La norma no da mayores detalles sobre quiénes son los sujetos titu-

lares del derecho, ni los principios que guiarán las consultas. La ley cuenta con un reglamento cuyo artículo 8 señala que, cuando exista una solicitud de permiso o concesión, la Secretaría de Energía decidirá si la solicitud debe someterse a consulta, y establece que el procedimiento de la misma deberá sustanciarse a través del sistema de consulta y participación indígena, previsto por la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, conforme al artículo 2, fracciones IX y XVI de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. El propio reglamento señala en ese mismo artículo que el proceso de consulta suspenderá el cómputo de los plazos para otorgar permisos y concesiones.

LEY DE ZONAS ECONÓMICAS ESPECIALES

Finalmente, una última norma que incorporó el derecho a la consulta es la Ley de Zonas Económicas Especiales, aprobada el 1° de junio de 2016. Su artículo 18 establece que:

Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en las Zonas y su Área de Influencia, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, la Secretaría de Gobernación y la Secretaría [de Energía], en forma coordinada, realizarán los procedimientos de consulta previa, libre e informada necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, con la participación que corresponda a las entidades federativas y municipios involucrados. En términos del Programa de Desarrollo se fomentarán programas de vinculación con empresas y trabajadores locales, y de responsabilidad social, con el objeto de promover el desarrollo humano y sustentable de las comunidades o localidades en las que se ubique la Zona y su Área de Influencia.

Se trata también de una redacción muy general que obliga a que la Autoridad Federal (órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público) la CDI y la Segob, a que se coordinen para llevar a cabo los procedimientos de consulta. Sin embargo, en la Ley no

76. Solo por citar un ejemplo, los artículos de la Ley de Hidrocarburos correspondientes al capítulo IV sobre Uso y Ocupación Temporal, leídos integralmente, resultan violatorios de los derechos de las comunidades al establecer un esquema y una serie de procedimientos inequitativos que no les permite a éstas rechazar u oponerse a la realización de las actividades de interés de las empresas. Ver González Armijo, Del Pozo Martínez, El derecho a la participación y a la consulta en el desarrollo. Retos para México, CNDH, 2016, p. 41, disponible en <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CTDH-Derecho-Participacion-Consulta.pdf>, Informe conjunto de sociedad civil sobre los derechos, económicos, sociales, culturales y ambientales en México 2017. Informe alternativo a los Informes V y VI Periódicos combinados del Estado mexicano ante el Comité DESC de la ONU”, pp. 16-17, <http://www.socialwatch.org/sites/default/files/swindia/Otros/2018-Mexico-Informe-DESCA-esp.pdf>

se dan detalles sobre otros actores, procedimientos y objetivos del proceso. En cambio, en el Reglamento Interior de la Autoridad Federal para el Desarrollo de las Zonas Económicas Especiales, se pueden encontrar mayores precisiones. La fracción XII del artículo 4º define el proceso de consulta y, entre los artículos 61 y 64, se establecen los sujetos que deben ser consultados, la coordinación entre las autoridades, los objetivos de la consulta, los principios que la guían, así como las fases que la componen. Se trata de un conjunto de artículos casi idénticos a los que conforman los capítulos de consulta de los reglamentos de la Ley de la Industria Eléctrica y de la Ley de Hidrocarburos. El reglamento exige la coordinación entre la Segob, CDI y la Autoridad Federal, y establece que la consulta debe buscar el acuerdo o el consentimiento de pueblos o comunidades, a través de instituciones representativas y procedimientos apropiados; además deberá guiarse por los principios de buena fe, libertad, información, pertinencia cultural, transparencia, acomodo y razonabilidad.

Como conclusión, se puede afirmar que existe una enorme disparidad entre las distintas normas que regulan el derecho a la consulta a nivel federal. Ello provoca que, en ocasiones, los criterios a seguir en algunas de las leyes sean muy amplios e imprecisos, mientras que en otras muy estrechos y limitados, generando así un marco legal diverso, poco claro y en la mayoría de los casos alejado del estándar constitucional e internacional de los derechos humanos. En este sentido, resulta preocupante pues es en el ámbito federal donde recae la facultad de otorgar la mayoría de los permisos para proyectos de desarrollo. Aunque la CDI⁷⁷ y otras dependencias han desarrollado protocolos para intentar incorporar de mejor manera los estándares internacionales, estos instrumentos son de carácter orientador, por lo que no obligan a las autoridades de gobierno a acatarlos a la hora de aplicar la consulta ni tampoco resuelve del todo el problema de disparidad regulatoria. Estos elementos abren la puerta a posibles formas de discriminación entre los pueblos y comunidades indígenas.

Existe una enorme disparidad entre las distintas normas que regulan el derecho a la consulta a nivel federal. Ello provoca que, en ocasiones, los criterios a seguir en algunas de las leyes sean muy amplios e imprecisos, mientras que en otras muy estrechos y limitados, generando así un marco legal diverso, poco claro y en la mayoría de los casos alejado del estándar constitucional e internacional de los derechos humanos.

77. 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, febrero de 2013, disponible en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/252234/CDI_Protocolo_Consulta_Pueblos_Indigenas_2014.pdf

4.3 MARCO LEGAL ESTATAL

Para llevar a cabo el análisis del marco estatal se realizó un trabajo de investigación y recopilación de todas las constituciones de los Estados, así como de las leyes especializadas en materia indígena. Con esos datos se elaboró una tabla comparativa con variables a partir de la cual fue posible identificar los niveles de armonización legislativa sobre el derecho a la consulta en el ámbito estatal. Dichas tablas pueden ser consultadas como anexo al final de este informe.

Para comprender el desarrollo del DCCPLI en la legislación estatal mexicana es importante señalar que en el párrafo cuarto del artículo 2º constitucional, se estableció que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se debería hacer en las constituciones y leyes de las entidades federativas. Por esta razón, a partir de agosto de 2001 aparecieron de forma gradual artículos en las constituciones estatales, así como leyes locales sobre pueblos indígenas. Algunas de estas disposiciones normativas han reconocido el derecho a la consulta y al consentimiento. Así, el objetivo de este apartado es describir a grandes trazos ese universo legislativo y contrastar dichas normas con los estándares internacionales sobre el DCCPLI.

México es una federación compuesta por 32 entidades federativas, cada una de las cuales goza de autonomía para desarrollar sus propias constituciones y leyes dentro de los límites del marco federal. De esas 32 entidades, 18 han incorporado en su constitución alguna previsión relativa al DCCPLI.⁷⁸ De esas 18, solo en siete se establece que la consulta será para todas aquellas medidas que afecten a los pueblos indígenas.⁷⁹ Las demás limitan la consulta a los planes estatales o municipales de desarrollo o a los programas educativos en materia indígena. La del estado de Guerrero es la única que establece que se consultarán a

los pueblos indígenas cuando la decisión estatal respectiva afecte sus tierras y territorios.

Respecto de la incorporación en las constituciones de los parámetros y principios del derecho internacional sobre DCCPLI, siete⁸⁰ constituciones incorporan alguno de los elementos de la consulta (previa, libre e informada) y las diez restantes no incluyen ninguno. De todas ellas, la más completa es la constitución del estado de Baja California Sur, que agrega a los tres criterios base (previa, libre e informada) el principio de buena fe.

En cuanto a la obtención del consentimiento, cuatro constituciones aluden a tal consentimiento, no obstante –entre estas cuatro– la constitución del estado de Michoacán lo limita a los planes de desarrollo, lo que significa que solo en tres de las constituciones⁸¹ de todo el país puede decirse que la consulta es algo más que una simple petición de opinión a los pueblos indígenas.

Como se desprende de este análisis, en el campo del DCCPLI la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las constituciones locales es muy deficiente. Solo 56% de dichas normas incluyen el derecho a la consulta, pero la mayoría lo limita desde el punto de vista material (las decisiones que las autoridades deben consultar). La mayoría se aleja de los parámetros establecidos en el Derecho Internacional, abriendo así un espacio jurídico ambiguo y facilitando el uso de la consulta como un mero trámite. En este sentido, es necesario construir desde las constituciones un derecho a la consulta fuerte, que exija las condiciones de previa, libre e informada, desarrollada con base en procedimientos apropiados, instituciones representativas y culturalmente adecuada, de no

78. San Luis Potosí, Morelos, Puebla, Yucatán, Querétaro, Quintana Roo, Hidalgo, Nuevo León, Michoacán, Colima, Chihuahua, Guerrero, Sonora, Oaxaca, Campeche, Sinaloa, Jalisco y Baja California Sur. Investigación realizada el 5 de mayo de 2018. Véase anexo 1.

79. Son las constituciones de los estados de Campeche, Baja California Sur, Puebla, Quintana Roo, Hidalgo, Michoacán y Chihuahua. Véase anexo 1.

80. Son las constituciones de los estados de Hidalgo, Michoacán, Chihuahua, Guerrero, Oaxaca, Campeche y Baja California Sur. Véase anexo 1.

81. Las constituciones de los estados de Baja California Sur, Hidalgo y Chihuahua. Véase anexo 1.

82. Véase el anexo 1.

ser así se corre el riesgo de que los actores estatales involucrados conviertan la consulta en un trámite administrativo susceptible de resolverse en una sola reunión con algunos “representantes” de las comunidades, quienes cuenten con permisos aprobados de antemano. Tal situación se agrava porque el marco legislativo local es también deficiente, incluso en algunos de los estados en donde hay mayor concentración de pueblos y comunidades indígenas, como Oaxaca y Chiapas.⁸²

Como conclusión, podemos señalar que el marco legal local en materia del DCCPLI, tanto en las constituciones como en las leyes, es en general muy deficiente y está alejada de los parámetros internacionales aplicables. Solo dos leyes estatales recogen de forma consistente los estándares que aquí hemos analizado. Por otra parte, se trata de un marco legal muy irregular con enormes diferencias en la incorporación de los estándares entre un estado y otro. Esto último se traduce en una asimetría legal que podría considerarse discriminatoria pues algunos pueblos indígenas tendrían un mayor o menor grado de protección, dependiendo del estado en el que se ubiquen, sin perjuicio del marco de protección internacional y constitucional que es aplicable en todo momento.

El marco legal local en materia del DCCPLI, tanto en las constituciones como en las leyes, es en general muy deficiente y está alejada de los parámetros internacionales aplicables