

6 LA JUDICIALIZACIÓN DEL DCCPLI

6.1 SENTENCIAS RELEVANTES Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES ESTABLECIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EN MATERIA DE DCCPLI EN CASOS DE PROYECTOS DE DESARROLLO.

Si bien el DCCPLI es un derecho que está vigente en México desde el 5 de septiembre de 1991,²³⁶ fecha en la que entró en vigor el Convenio 169, durante 20 años no se presentaron demandas para exigir su cumplimiento ante tribunales nacionales. Esto se debe a que los tribunales federales del país –encargados de tramitar los juicios de amparo– prevalecía una concepción restringida de los derechos humanos, basada en la noción de “garantías individuales”, a partir de la cual solo se otorgaba protección judicial a los derechos civiles, excluyendo de ésta los derechos sociales, así como a los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Tal perspectiva comenzó a cambiar a partir de la reforma del artículo 1º de la Constitución Federal, llevada a cabo en junio de 2011, con base en la cual se abrió la posibilidad de judicializar todos los derechos humanos reconocidos por la Carta Política y por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (incluyendo los establecidos en el Convenio 169). En los últimos seis años distintas comunidades indígenas, acompañadas por organizaciones no gubernamentales y aboga-

dos/as, han presentado múltiples juicios de amparo que han sido procesados por distintas instancias del Poder Judicial Federal (juzgados de distrito, tribunales colegiados y SCJN), alegando la violación del contenido del DCCPLI (entre otros) por parte del Estado y de las empresas. Es el caso del pueblo wirarika para defender el territorio sagrado de Wirikuta; el de la tribu yaqui contra el acueducto independencia; el de las comunidades mayas contra la siembra de soya transgénica, el de las comunidades zapotecas de Juchitán contra las eólicas, o el de los pueblos mixtecos de Valles Centrales de Oaxaca contra los decretos de veda en materia del uso del agua subterránea, entre otras. Todos esos procesos han provocado que distintos órganos del Poder Judicial Federal se hayan ido pronunciando sobre la materia y hayan comenzado a establecer criterios interpretativos sobre el contenido y los alcances del DCCPLI.

El objetivo de este apartado es analizar las tres sentencias sobre consulta en relación con megaproyectos dictadas por la SCJN y contrastar los criterios en ellas establecidos con los estándares internacionales. Con base en este

236. El Convenio 169 de la OIT fue aprobado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989, firmado por México el 5 de septiembre de 90 y entró en vigor un año después.

ejercicio, intentamos dar cuenta de la dirección interpretativa que se ha ido construyendo en México sobre el DCCPLI, desde el máximo órgano de Poder Judicial. Lo anterior permitirá conocer cuáles son las definiciones aportadas por dicho tribunal sobre algunos temas clave en la materia.

SENTENCIA SOBRE EL ACUEDUCTO INDEPENDENCIA EN SONORA

En el debate actual sobre el DCCPLI, la discusión sobre cómo se relacionan consulta y consentimiento ha adquirido gran importancia, porque a partir de la aprobación de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, diversos organismos expertos en el ámbito internacional e interamericano de derechos humanos han ido estrechando, a través de su interpretación, el vínculo entre ambos derechos, desarrollando un estándar que establece como regla general de la consulta que el Estado deba orientarse hacia la obtención del consentimiento de los pueblos para poder iniciar el diseño y construcción de megaproyectos de inversión sobre sus territorios.²³⁷

En el debate jurisprudencial mexicano, la relación entre consulta y consentimiento ha sido abordada en diversas ocasiones, la primera de estas, la sentencia dictada por la SCJN el 8 de mayo de 2013, en la que el máximo tribunal se pronunció sobre el conflicto entre la tribu yaqui y el gobierno estatal de Sonora, quien emprendió la construcción de un enorme acueducto (Acueducto Independencia) para trasvasar agua del río Yaquí a la ciudad de Hermosillo. El fallo es muy relevante en tanto se trata de la primera ocasión en México en que la SCJN reconoce la violación del derecho a la consulta a un pueblo indígena por un megaproyecto.

El amparo fue presentado el 19 de abril del 2011 y resuelto en mayo de 2012, en primera instancia, por el Juzgado Cuarto de Distrito del estado de Sonora, quien reconoció que el permiso de autorización de Impacto Ambiental del Acueducto, emitido por la Semarnat, violaba del derecho a la consulta de la tribu yaqui. Esa sentencia fue recurrida en mayo y julio de 2012 por el

Ministerio Público de la Federación y la Semarnat, respectivamente. Dada la importancia del tema, la SCJN acordó atraer el caso, a través de su Primera Sala, y lo resolvió el 8 de mayo de 2013, confirmando la violación del derecho a la consulta, pero estableciendo algunos criterios interpretativos bastante confusos y que se distancian de los estándares internacionales.

Es una sentencia extensa, de 90 páginas, en la que el ministro ponente hace una reconstrucción pormenorizada del caso. Entre los múltiples elementos que incluye en el texto, interesa destacar la amplia y detallada recuperación (en el considerando octavo) de los artículos del Convenio 169 relativos a la consulta y al consentimiento, el artículo 19 de la DNUDPI, así como de sentencias emblemáticas resueltas por la Corte IDH sobre la materia, tales como Saramaka, en las que el tribunal interamericano ha reconocido que la obtención del consentimiento de los pueblos es fundamental para que Estado o empresas puedan emprender grandes obras de infraestructura que afecten sus territorios. Después de ello, la sentencia de la SCJN realiza un resumen sobre las características mínimas que debe tener la consulta, señalando que "...se debe garantizar a través de procedimientos claros de consulta, que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado para la consecución de dichos proyectos".²³⁸

Siete párrafos después, y dos párrafos antes de emitir su resolutorio, la Primera Sala de la SCJN concluye con el párrafo siguiente:

En cuanto a este último punto, esta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos, puede que su ausencia no impida a las autoridades decretar las acciones correspondientes, lo cual dependerá del nivel de impacto que tendrá el funcionamiento u operatividad del Acueducto Independencia sobre la comunidad o grupo indígena, debiéndose ponderar los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de

237. Saramaka, Informe Stavenhagen, Informe Anaya, etc.

238. P. 84.

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 [...].²³⁹

Se trata de un párrafo preocupante por varios motivos. En primer lugar, porque la SCJN –que es la más alta autoridad para la protección de los derechos en el país– comienza rebajando el estándar del derecho a la consulta que se ha ido desarrollando y fortaleciendo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, sobre todo, lo hace citando una sentencia de la Corte IDH, cuyo objetivo fue robustecer el estándar sobre consentimiento. Tanto en la sentencia del Caso Saramaka, de la Corte IDH, como en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, como en múltiples pronunciamientos de organismos internacionales especializados, establecen que cuando los pueblos enfrentan megaproyectos de inversión, es necesario que los Estados obtengan el consentimiento sobre los mismos para que se pueda iniciar su diseño y construcción. Sin embargo, de forma contraria al sentido general del Derecho Internacional, que ha buscado estrechar el vínculo entre consulta y consentimiento, las primeras líneas del párrafo aquí transcrito de la sentencia Yaqui son utilizadas para resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento con el objetivo posterior de subrayar que en algunos casos la falta de consentimiento no impide que las autoridades puedan decretar las acciones que juzguen convenientes.

No se debe olvidar que la SCJN debe guiarse en su interpretación por los estándares internacionales por el principio pro persona; sin embargo, la SCJN, en un ejercicio interpretativo cuestionable de los estándares fijados por la Corte IDH, no niega de forma explícita el consentimiento, pero subraya que no siempre es necesario obtenerlo frente a grandes proyectos. Planteado lo anterior, a continuación (sin siquiera pronunciarse sobre si el acueducto afecta a las víctimas) delega en la autoridad impugnada (y que la propia SCJN ha reconocido como violadora del derecho a la consulta) la posibilidad de

ponderar los intereses en juego de todos los involucrados en el caso y decretar acciones. En otras palabras, la SCJN decide no valorar el impacto de la obra, ni aportar elementos sobre ello, y delega tal responsabilidad en la misma autoridad que ha autorizado, de manera inconulta, la construcción del acueducto.

Se trata de un párrafo confuso, en el que la Corte parece utilizar los mejores estándares del Derecho Internacional, pero con un resultado final que: a) valida la construcción del megaproyecto; b) no se pronuncia sobre el impacto de la operación del mismo (mucho menos de la construcción) y; c) delega en la autoridad responsable la valoración del impacto.

El párrafo resultó ser tan confuso que diversas autoridades involucradas solicitaron, en julio de 2013, una aclaración de sentencia. La aclaración fue dictada por la Primera Sala de la SCJN el 7 de agosto de 2013. En ella, la Corte destacó que la Semarnat debía dejar si efectos el permiso de Impacto Ambiental de la obra pero que ello no se traduciría en la suspensión del acueducto, el cual podría seguir funcionando. Ese posicionamiento da como resultado una respuesta ilógica, contraria al sentido jurídico, en tanto que el máximo tribunal habilitó el funcionamiento de una obra ilegal que no contaba con un permiso que la legislación establece como indispensable para poder ser construido y poder funcionar.

A lo anterior hay que sumar que la SCJN no dio seguimiento a su sentencia, permitiendo que las autoridades la ejecutaran de la peor manera, incurriendo en las peores prácticas, sin que el máximo tribunal del país interviniera para exigir el cumplimiento mínimo de los elementos básicos del derecho a la consulta previa, libre e informada.

SENTENCIA SOBRE LA SIEMBRA DE SOYA TRANSGÉNICA EN LA PENÍNSULA DE YUCATÁN

Una segunda sentencia de la SCJN en la que se establecieron criterios sobre el alcance y contenido del DCCPLI fue dictada por la Segunda Sala del máximo tribunal el 4 de diciembre de 2015, al resolver un amparo en revi-

239. Las cursivas son nuestras.

sión promovido por la empresa Monsanto S.A de C.V. El litigio surgió en el marco de los esfuerzos emprendidos por la empresa Monsanto de sembrar soya transgénica –resistente al herbicida glifosato– en 253 mil hectáreas, en cinco polígonos ubicados en la península de Yucatán, Chiapas y la planicie Huasteca. Para comprender el alcance de la decisión es conveniente aportar algunos antecedentes del caso.

Un primer antecedente relevante es la promulgación, en marzo de 2005, de la Ley de Bioseguridad y Organismos Genéticamente Modificados. En dicha norma se prevé que para que un organismo genéticamente modificado (OGM) pueda ser comercializado, se deben superar dos etapas previas (experimental y piloto) cada una de las cuales exige el permiso correspondiente de las autoridades responsables. Monsanto fue avanzando en el proceso de obtención de los permisos para sembrar soya transgénica y el 17 de febrero de 2012 presentó una solicitud para la liberación de dicha leguminosa, en etapa comercial, que impactaba 60 mil hectáreas ubicadas en la Península de Yucatán, distribuidas en los estados de Campeche, Yucatán y Quintana Roo. En todos esos estados se otorgaron los permisos para esa siembra que derivaron en la presentación de múltiples amparos por diversas personas físicas y morales en los distintos estados.²⁴⁰

Respecto de la sentencia que aquí se analiza, el 5 de junio de 2012, el director general de inocuidad agroalimentaria, acuícola y pesquera de la Sagarpa otorgó el permiso no. 4377, que permitía la siembra en Campeche convirtiéndose el mismo en la litis del caso. Veinte días después, diversas personas (físicas y morales) pertenecientes al pueblo maya, asentadas en el estado de Campeche y dedicadas a la apicultura, presentaron un amparo para impugnar el permiso. Lo anterior, debido a la preocupación de que la miel producida por las comunidades indígenas fuera contaminada por transgénicos y por ello vetada en el mercado europeo que se había convertido en uno de los principales centros consumi-

dores del producto. También surgieron inquietudes relativas a los potenciales impactos que los transgénicos podrían generar en la biodiversidad de la región, así como los daños en la salud y en el agua por el uso masivo de herbicidas.

A partir de esas consideraciones, la demanda de amparo alegó que la licencia de siembra de soya transgénica expedida por la Sagarpa se traducía en la violación de varios derechos establecidos en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales, tales como el derecho al medio ambiente, al trabajo, a la consulta previa y a la libre determinación de los pueblos indígenas. La demanda de amparo fue aceptada y turnada al Juez Segundo de Distrito del estado de Campeche, quien, el 27 de enero de 2014, otorgó el amparo dejando insubsistente el permiso impugnado. Como reacción, la empresa Monsanto, así como las autoridades responsables señaladas, interpusieron sendos recursos de revisión para impugnar la sentencia de amparo que recayó en el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito, en el estado de Campeche, radicándolo bajo el número 266/2014. Dicho Tribunal solicitó a la SCJN que ejerciera su facultad de atracción quien decidió hacerlo mediante acuerdo del 20 de mayo de 2015.

Se trata de una sentencia extensa de ochenta páginas. En las primeras cuarenta se narran todos los antecedentes del caso, y es partir de la página 41 cuando pueden encontrarse los argumentos del ministro para resolver el fondo del asunto, determinando que los argumentos de la empresa Monsanto son en parte infundados, inoperantes y aunque algunos los considera fundados señala que son insuficientes para revocar la sentencia. Se trata por tanto de un pronunciamiento que en apariencia beneficia a las comunidades directamente afectadas (en tanto suspende el permiso en cuestión por violación al DCCPLI, y exige a las autoridades que realicen la consulta), pero que analizada en el contexto, sienta un criterio jurisprudencial contrario a los intereses de las comunidades y a los estándares internacionales aplicables.

240. En el caso de Yucatán la SCJN dictó sentencia al amparo en revisión número 198/2015. En Campeche también se dictó sentencia a varios amparos en revisión con número 241/2015, 498, 499 (que es el que aquí se analiza). En el caso de Quintana Roo la SCJN tramitó dos amparos en revisión con número 921 y 923/2016 241. Párrafos tercero y cuarto de la página 47 de la sentencia, así como primero de la 48.

242. No pasar por alto que uno de los instrumentos clave del derecho internacional sobre la materia ha sido denominado Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aludiendo con ello a la titularidad colectiva de los derechos.

Para resolver el fondo del asunto, el ministro ponente, Medina Mora, comienza por el primer agravio alegado por Monsanto, según el cual las personas que presentaron el amparo no tenían legitimación procesal para hacerlo ni contaban con el interés legítimo que les había reconocido el juez de distrito. Para ordenar los elementos que están a discusión en este primer tema, el ministro decide ir resolviendo diferentes preguntas. En primer lugar, si las personas físicas quejasas tienen derecho a la consulta; en segundo lugar, si las personas morales quejasas tienen derecho a la consulta; en tercer lugar, si las personas quejasas tienen interés jurídico en el caso y a partir de ello si se puede concluir que existe una afectación a la esfera jurídica de quienes interpusieron el amparo.

A lo largo de las páginas que desarrollan este análisis, se puede encontrar un conjunto de disquisiciones equívocas, confusas y contradictorias, como por ejemplo que

[...] las normas establecidas en el artículo 2° constitucional se encuentran dirigidas a personas físicas indígenas. En ese mismo sentido, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecen expresamente que los derechos, prerrogativas y garantías previstas en sus textos son aplicables a las mujeres y hombres integrantes de los pueblos o comunidades indígenas.²⁴¹

Lo anterior –que ya supone una interpretación sui generis del derecho internacional–²⁴² es totalmente opuesto a lo que señala la sentencia dos páginas más adelante donde establece que “Respecto a la titularidad de un derecho subjetivo, esta Sala advierte que los derechos reconocidos por el artículo 2° constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, corresponden –en principio– a dichos grupos de forma colectiva...”²⁴³

Sin embargo, más preocupante aún es el abordaje que la sentencia emplea sobre el concepto de “impacto significativo”. En la página 51 de la sentencia, la Segunda

Sala establece que “las comunidades indígenas tienen derecho a ser consultadas en aquellos casos en los que el Estado pueda impactar de forma significativa su entorno o su forma de vida”. En las páginas siguientes, la sentencia destaca la importancia del derecho a la consulta en relación con la libre determinación y la necesaria participación de las comunidades en los asuntos políticos del Estado. Sin embargo, en el segundo párrafo de la página 54 se establece lo siguiente:

Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado deba consultar a los pueblos y comunidades indígenas siempre que se vean involucrados en alguna decisión estatal, pues se llegaría al absurdo de tener que consultarlos incluso para la emisión de alguna ley o decisión administrativa.

Este párrafo, además de ser contrario al contenido explícito del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT²⁴⁴, busca fundamentarse en los párrafos 134 al 135 de la sentencia Saramaka emitida por la Corte IDH. Es verdad que en dichos párrafos la Corte IDH utiliza el concepto de impacto significativo, pero no queda ninguna duda de que lo hace para determinar en qué casos los Estados quedan obligados a obtener el consentimiento de los pueblos frente a un megaproyecto, no cuándo están obligados a consultarlos.

A partir de este párrafo, y de que en la sentencia identifique de forma enunciativa (no limitativa) en cuales situaciones las comunidades pueden considerar que enfrentan un impacto significativo, este concepto se repite una y otra vez en párrafos subsecuentes hasta llegar a la página 72 donde se determina que “...esta Segunda Sala de la SCJN concluye que el permiso para la liberación de soya genéticamente modificada, resistente al glifosato, constituye un proyecto de impacto significativo, y en ese sentido determina que los quejosos sí tenían interés para promover el juicio...”

Como se observa, la sentencia otorga el amparo a las comunidades indígenas afectadas en el caso específi-

243. Último párrafo de la página 50 y primero de la 51.

244. Donde se establece que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente...”

co y reivindica el derecho a la consulta, lo cual puede considerarse positivo. Sin embargo, de forma paralela, establece un criterio que en fecha posterior la SCJN convirtió en la siguiente tesis con carácter orientador para todos los tribunales de menor jerarquía:

PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. EN SU DERECHO A SER CONSULTADOS, EL ESTÁNDAR DE IMPACTO SIGNIFICATIVO CONSTITUYE ELEMENTO ESENCIAL PARA QUE PROCEDA. El derecho de consulta a los pueblos y comunidades indígenas es una prerrogativa fundamental reconocida en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, cuya protección puede exigir cualquier integrante de la comunidad o pueblo indígena, con independencia de que se trate o no de un representante legítimo nombrado por éstos. En ese sentido, constituye una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de las comunidades, así como los derechos culturales y patrimoniales –ancestrales– que la Constitución y los tratados internacionales les reconocen. No obstante, lo anterior no significa que deban llevarse a cabo consultas siempre que grupos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal, sino solo en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno. Así, se ha identificado –de forma enunciativa mas no limitativa– una serie de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas como: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible reasentamiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria; y 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros. Por tanto, las autoridades deben atender al

caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas.²⁴⁵

Cabe señalar que esta tesis ha sido retomada por Juzgados de Distrito para negar amparos a comunidades indígenas –quienes han continuado exigiendo su derecho a la consulta– con el argumento de que dichas comunidades no demuestran el impacto significativo que las obras provocan en sus entornos o formas de vida.

También interesa decir que al igual que en el caso Yaqui, en el caso de la soya transgénica la SCJN no dio seguimiento al cumplimiento de su sentencia y como consecuencia las autoridades incurrieran en muy malas prácticas como ha sido expuesto en el apartado correspondiente de este informe.

SENTENCIA SOBRE EL PROYECTO EÓLICA DEL SUR EN JUCHITÁN DE ZARAGOZA, OAXACA

La tercera y más reciente sentencia dictada por la SCJN sobre el derecho a la consulta ocurrió en relación con la operación de un parque eólico, promovido por la empresa Energía Eólica del Sur S.A.P.I de C.V. Su resultado fue desfavorable al negarse el amparo a la comunidad quejosa por parte de la Primera Sala, con un voto de cerrado de tres contra dos.²⁴⁶ El proyecto Eólica del Sur busca instalar 132 aerogeneradores, de 125 metros de altura cada uno, en territorios del pueblo zapoteca pertenecientes a las comunidades de El Espinal y Juchitán de Zaragoza, Oaxaca.²⁴⁷ El propósito es producir un total de 396 MW para abastecer a otras compañías socias del consorcio como son Mitsubishi, FEMSA-CocaCola, Siemens y Cemex entre otras.²⁴⁸

El 20 de junio de 2014 –antes de que se iniciara el proceso de consulta– la DGIRA otorgó la autorización condicionada de la MIA para iniciar el proyecto. Cuatro meses después, el 20 de octubre de 2014, la Secretaría General de Gobierno del estado de Oaxaca en conjunto con la Sener publicaron el

245. Amparo en revisión 499/2015, José Luis Flores González y otros, 4 de noviembre de 2015. Cinco votos de los ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Alberto Pérez Dayán; votaron con salvedad Juan N. Silva Meza y reservaron criterio respecto al impacto significativo Margarita Beatriz Luna Ramos y José Fernando Franco González Salas. Ponente: Eduardo Medina Mora I. Secretarios: Laura García Velasco, María Antonieta del Carmen Torpey Cervantes y Marco Tulio Martínez Cosío.

Tesis: 2a. XXVII/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 31, junio de 2016, T. 2, p. 1213.

246. <http://oaxaca.eluniversal.com.mx/municipios/14-11-2018/niega-scnj-amparo-contra-construccion-de-parque-eolico-en-juchitan>

“Desplegado de inicio de la Consulta Previa” en la comunidad de Juchitán de Zaragoza, y un mes después (el 2 de diciembre de 2014) el protocolo con base en el cual se debería organizar la consulta.²⁴⁹

Sin embargo, el 15 de enero de 2015, cuando se daban los primeros pasos en la etapa informativa prevista en el protocolo de consulta previa, la Comisión Reguladora de Energía otorgó el permiso (E/1264/AUT/2015) a la empresa para generar 396 MW bajo la modalidad de autoabastecimiento. Un mes y pocos días después de esta fecha, el 23 de febrero de 2015, la Delegación Federal en el estado de Oaxaca de la Semarnat otorgó la autorización para que se produjera un cambio de uso de suelo en catorce hectáreas de terrenos forestales para el desarrollo del proyecto. Lo mismo ocurrió el 9 de abril cuando la misma autoridad autorizó el cambio de uso de suelo en otras nueve hectáreas de terrenos forestales. Por lo que se refiere al proceso de consulta, el 30 de julio de 2015, las autoridades encargadas de llevarlo a cabo celebraron la asamblea consultiva.

Frente a este conjunto de acontecimientos, el 16 de septiembre de 2015, 1,166 integrantes de la comunidad indígena zapoteca de Juchitán presentaron una demanda de amparo argumentando, entre otras violaciones a diversos derechos humanos, que se les había vulnerado el derecho a la consulta previa en tanto que antes y durante el propio proceso de consulta se habían otorgado diversos permisos y autorizaciones a la empresa para avanzar en el proyecto eólico.

Dicha demanda de amparo fue admitida por el Juzgado Séptimo de Distrito de Salina Cruz, Oaxaca, con fecha 30 de septiembre y el 11 de diciembre de ese mismo año el juez otorgó la suspensión definitiva. Antes de que dicha autoridad resolviera el fondo del asunto, el Consejo de la Judicatura lo reasignó en el Juzgado Segundo de Distrito en el estado de Tamaulipas y quien lo sustituyó dictó una sentencia en contra de los quejosos, negando el amparo y determinando como válida la consulta llevada a cabo

por la Sener aun y cuando ésta no hubiera sido previa al otorgamiento de permisos. Frente a la sentencia de primera instancia los quejosos interpusieron un recurso de revisión que recayó en el Tribunal Colegiado en Materia Civil y Administrativa del Décimo Tercer Circuito que lo admitió el 26 de octubre de 2016 con número de expediente 552/2016. En diciembre de ese año, por la importancia y trascendencia del caso, la SCJN aceptó atraerlo a solicitud de la parte quejosa, para resolverlo como amparo en revisión bajo el número de expediente 213/2018.

La decisión que debía tomar la SCJN era de enorme relevancia, no solo por pronunciarse sobre la situación específica de la comunidad quejosa, que ha intentado por más de una década defender el territorio de Juchitán y del Istmo de Tehuantepec frente a la imposición de más de una veintena de parques eólicos que no les fueron consultados, sino porque a través de este fallo se sentaría un primer precedente del máximo tribunal sobre el modo en que el Ejecutivo da cumplimiento al deber de consulta a pueblos indígenas, y de forma especial debía delimitar el contenido y alcance del carácter previo del derecho a la consulta en México.

Como se ha expuesto en el capítulo de este informe relativo a la implementación de los procesos de consulta, un tema relevante que ha estado discutiéndose en el país ha sido el del momento en el que se deben emprender los procesos de consulta frente a los megaproyectos. Muchas de las prácticas institucionales documentadas dan cuenta de que un número significativo de consultas se inician cuando ya han sido otorgados algunos permisos o con las obras en construcción y operación. En este sentido la sentencia suponía la primera oportunidad que tenía la SCJN para intervenir en esa discusión y fijar un primer precedente al respecto.

Conviene destacar, además, que lo que está en juego, de forma implícita, al delimitar lo que se entiende por “previo”, es la comprensión del alcance general del derecho a

247. Cfr. Sener. “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.”, p.4 https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25575/Protocolo_Consulta_Previa.pdf

/ Grupo Asesor de Sociedad Civil de la consulta de Juchitán, Informe sobre la Manifestación de Impacto Ambiental del Proyecto Eólica del Sur, p.20, https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/25575/Protocolo_Consulta_Previa.pdf

248. Ivette Lira, “Pueblos de Oaxaca dan un primer nocaout a la Reforma Energética al frenar parque eólico español”, Sin embargo, artículo citado, <http://www.sinembargo.mx/12-01-2018/3372589>.

249. Cfr. Sener, “Protocolo para la implementación del proceso de consulta previa...”, op. cit.

la consulta y su papel dentro del sistema jurídico mexicano, ya sea como un simple instrumento de información para los pueblos sobre los proyectos que el gobierno o las empresas tengan planeado emprender, o bien como un derecho con mayor calado –según lo conciben los estándares internacionales– capaz de garantizar a esos mismos pueblos la posibilidad de ejercer la libre determinación y la autonomía, que la propia Constitución y los tratados les han reconocido para decidir sus prioridades de desarrollo en sus territorios.

La sentencia de la Primera Sala de la Corte –de forma similar a la sentencia Yaqui y la de soya transgénica– comienza a citar (a partir del párrafo 187) un conjunto de estándares internacionales con el objetivo de definir el parámetro normativo en materia de consulta. Sin embargo, dicha sala hace una lectura parcial de los mismos y en otros casos deja de tomar en cuenta estándares cruciales en los que se desarrolla el contenido y alcance del carácter previo de la consulta. Uno de los que pasa por alto es la DNUDPI, donde se establece de forma inequívoca que las consultas a los pueblos indígenas deben realizarse “antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten [...]”²⁵⁰ Por su parte, el Convenio 169 ya había establecido que cuando se trata de proyectos extractivos, los pueblos deben ser consultados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.²⁵¹ [Énfasis añadido.]

Por su parte, algunos órganos especializados de la OIT han sido más detallados, al considerar que la consulta “previa” implica que “las comunidades afectadas participan lo antes posible en el proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental” [Énfasis añadido].²⁵² La Corte IDH también ha avanzado estándares precisos al indicar en la sentencia del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, que:

- La consulta debe ser realizada con carácter previo

[...] se debe consultar [...] en las primeras etapas del

plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”. [Énfasis añadido].²⁵³

Este fue el estándar que la SCJN empleó para formar su criterio; sin embargo, obvió un siguiente párrafo donde la Corte IDH realmente precisa con mayor exactitud este criterio, al determinar que:

[...] el requisito de consulta previa implica que ésta debe llevarse a cabo **antes de tomar la medida** o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas y que las comunidades afectadas sean involucradas lo antes posible en el proceso.²⁵⁴ [Énfasis añadido.]

Por su parte, la CIDH, siguiendo los criterios de la Corte, ha enfatizado que la consulta:

[...] **debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente**, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos [...] se deben desarrollar “antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas.”²⁵⁵ [Énfasis añadido.]

[...] **desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta**, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones”.²⁵⁶ [Énfasis añadido.]

Haciendo un uso selectivo de los estándares anteriores o en ocasiones obviándolos, la primera sala, en el párrafo 314 de la sentencia, determina que a su juicio, la consulta cumple con el carácter previo si se realiza lo antes posible (en las primeras etapas del proyecto); con un tiempo adecuado para que

250. Artículo 19.

251. Artículo 15.2.

252. Informe del Comité Tripartito de la OIT (caso Shuar), Doc. GB.282/14/2 párr. 38.

253. Corte IDH, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, op. cit., párr. 180.

la discusión resulte efectiva y significativa y, antes de tomar la medida o realizar actos de ejecución. Con base en estos criterios la Sala decide que, en el caso en cuestión, la consulta sí fue previa pues cumplió con las condiciones referidas.

ende acuerdo con este criterio, una consulta puede ser considerada previa (y por lo tanto válida) aun y cuando se hayan aprobado Manifestaciones de Impacto Ambiental sobre el proyecto o bien se hayan otorgado el permiso de generación de energía eléctrica del proyecto o de cambio de uso de suelo en la zona donde se instalará. Si es así, la Sala de la Corte está reconociendo de forma implícita que la consulta no es una herramienta para que los pueblos puedan discutir y decidir si quieren, o no, la instalación de un determinado proyecto dentro de sus territorios, sino solo que sepan que eso va a ocurrir, y en el mejor de los casos que puedan participar en los posibles beneficios que este pudiera reportarles o hacerle ajustes para atenuar algunos de sus impactos. En otras palabras, la Sala sienta un primer precedente según el cual la consulta queda reducida a un instrumento de acceso a la información y cuando mucho de mera opinión, pero en ningún caso como lo que verdaderamente deber de ser en el derecho internacional, es decir, una herramienta para garantizar a los pueblos los derechos a la participación efectiva, la autonomía y la libre determinación sobre sus territorios.

A modo de primeras conclusiones sobre la judicialización de este derecho, con base en estas tres sentencias de la SCJN relativas a megaproyectos y consulta, puede afirmarse que si bien el máximo tribunal ha reconocido la existencia y posible vulneración a este derecho por la omisión de consultar a los pueblos, los criterios sobre la relación entre consulta y consentimiento, o bien sobre los supuestos bajo los cuales los estados quedan obligados a consultar, han sido regresivos y acotados. Por otra parte, la Corte validó la primera consulta realizada por el Ejecutivo en el marco de la Reforma Energética, a pesar de no ajustarse a los parámetros internacionales. De esta forma han limitado el alcance del derecho y tergiversado los estándares de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Si bien el máximo tribunal ha reconocido la existencia y posible vulneración a este derecho por la omisión de consultar a los pueblos, los criterios sobre la relación entre consulta y consentimiento, o bien sobre los supuestos bajo los cuales los estados quedan obligados a consultar, han sido regresivos y acotados. Por otra parte, la Corte validó la primera consulta realizada por el Ejecutivo en el marco de la Reforma Energética, a pesar de no ajustarse a los parámetros internacionales. De esta forma han limitado el alcance del derecho y tergiversado los estándares de Naciones Unidas y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

254. *Ibidem*, párr. 181.

255. CIDH, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, op. cit., párr. 302, p.118.

256. CIDH, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, op. cit., párr. 194.