

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 499/2015 (SOYA TRANSGÉNICA) RELATIVA AL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN EL MARCO DEL AVANCE DE LA FRONTERA EXTRACTIVA SOBRE LOS TERRITORIOS INDÍGENAS EN MÉXICO*

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS**

SUMARIO: I. Introducción. II. Elementos teóricos y de contexto para comprender los impactos del avance de la frontera extractiva sobre los territorios de los pueblos indígenas. III. Interpretación evolutiva del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en el derecho internacional de los derechos humanos. IV. Contexto jurídico local en el que se enmarca la sentencia. V. Análisis de la sentencia 499/2015. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como principal objetivo analizar la sentencia 499/2015¹ cuya discusión de fondo es el contenido y alcance del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado (DCCPLI) en México. La sentencia es relevante debido a que se trata de uno de los pocos fallos dictados en la materia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en un contexto muy adverso para los pueblos y comunidades indígenas del país, fundada en los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, y de la que se han desprendido criterios interpretativos que podrían comenzar a ser invocados por tribunales de menor jerarquía dentro del Poder Judicial de

* Este artículo se escribió de forma paralela a un documento titulado “Informe sobre la Situación del Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado en México” en colaboración con la organización Due Process of Law Foundation en coautoría con Edmundo del Pozo.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

¹ SCJN, Amparo en revisión 499/2015, del 4 de noviembre de 2015.

la Federación. Estos cuatro elementos ya son suficientes para que este fallo se convierta en un objeto relevante de investigación jurídica; sin embargo, lo que lo reviste de mayor interés es el posible impacto que la decisión podría tener sobre la vida cotidiana de los pueblos originarios y sus comunidades, así como por las consecuencias jurídicas que podrían derivar de ella. Para comprender lo primero conviene exponer en el trabajo algunos de los elementos del marco económico político en el que dicha sentencia ha sido dictada; por lo que se refiere a lo segundo, interesa describir el alcance actual del DCCPLI en el derecho internacional y con base en ello el sentido interpretativo que la SCJN eligió dar a ese derecho a través de la sentencia que será analizada.

Para abordar los temas y problemas anunciados, el trabajo se encuentra dividido en cuatro grandes apartados. El primero tiene como objetivo central contextualizar la discusión de la sentencia y su propósito es ubicar al lector/lectora en el marco general actual en el que se encuentra la discusión sobre los territorios indígenas frente al modelo de desarrollo. Como es obvio, el alcance y trascendencia práctica de los pronunciamientos de los tribunales se comprenden mejor cuando se exponen algunos de los factores, históricos, políticos y económicos en los que estos se inscriben. Partimos del supuesto según el cual las sentencias no son pronunciamientos aislados sobre justicia, ajenos a las relaciones sociales sobre las que éstas se pronuncian, sino que forman parte de amplios procesos de discusión en los que se encuentran en juego múltiples elementos de la vida social. El segundo apartado dirige su atención sobre el contenido y alcance jurídico del DCCPLI, haciendo énfasis en los avances interpretativos más recientes ocurridos en el derecho internacional de los derechos humanos respecto de los elementos que conforman el derecho a la consulta;² este apartado funge como parámetro de comparación que ayuda a contrastar y comprender la posición jurídica de la SCJN frente al derecho internacional de los derechos humanos en relación con la consulta. El tercer apartado brinda un panorama general respecto del contexto de incumplimiento de las obligaciones de consulta por parte de las autoridades mexicanas. El cual es advertido por diversos organismos internacionales quienes instan al Estado a garantizar la observancia de los procesos de diálogo y acuerdo entre pueblos y autoridades. Por último, en el cuarto apartado se analiza la sentencia, su estructura, los elementos que la conforman, los temas que aborda y la posición que la SCJN decide asumir frente al derecho que aquí se analiza.

² La denominación “derecho a la consulta” se utilizará en este trabajo como fórmula resumida del nombre completo: Derecho a la Consulta y al Consentimiento Previo, Libre e Informado (DCCPLI) con el propósito de evitar repeticiones.

II. ELEMENTOS TEÓRICOS Y DE CONTEXTO PARA COMPRENDER LOS IMPACTOS DEL AVANCE DE LA FRONTERA EXTRACTIVA SOBRE LOS TERRITORIOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Las sentencias que han sido dictadas por la SCJN durante los últimos años relativas al derecho a la consulta se inscriben en un marco de relaciones económicas y socio-territoriales muy adverso para la supervivencia de los pueblos y comunidades indígenas que habitan en México. Por un lado, existe una deuda histórica que la nación mexicana tiene con sus pueblos por haber permitido —y en ocasiones fomentado— su sometimiento a procesos de exclusión y dominación cultural que en la actualidad se siguen expresando a través de la pobreza³ y la discriminación⁴ que predomina en la mayoría de las comunidades que los conforman. A lo anterior debemos sumar el hecho de que en las últimas tres décadas los gobiernos de turno en México ha promovido el despliegue de los más variados proyectos extractivos, a todo lo largo del país, con tecnología renovada, que avanzan día con día, casi sin obstáculo,⁵ sobre los territorios que habitan los pueblos y comunidades indígenas: minería a cielo abierto, explotación de los bosques, trasvases de agua y apropiación de fuentes subterráneas, explotación de gas e hidrocarburos, apropiación del paisaje por la hotelería, urbanización sin controles. Todos ellos están provocando la degradación de los entornos naturales de los que los pueblos dependen, están generando fuertes tensiones al interior de sus asambleas e incluso la ruptura de sus lazos comunitarios, están permitiendo la ocupación y el despojo de sus

³ De acuerdo con el estudio sobre la evolución de la pobreza en México 2010-2016 realizado por Coneval, el porcentaje de la población en situación de pobreza en el país en 2016 fue de 43.6%; sin embargo, en ese mismo año, la población hablante de lengua indígena en situación de pobreza fue de 77.6%. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/Comunicado-09-Medicion-pobreza-2016.pdf>.

⁴ De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, el porcentaje de población de 18 años y más que opina que en el país se respetan poco o nada los derechos de los pueblos originarios es el 65%, siendo el tercer porcentaje más elevado, sólo por debajo de las personas trans y las personas gays o lesbianas. Disponible en: https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/PcionENADIS2017_08.pdf.

⁵ Salvo las resistencias que deciden emprender los propios pueblos para la defensa de sus territorios como el caso del pueblo Wixárika contra las mineras en Wirikuta, el de los Yaquis contra el Acueducto Independencia, los de los pueblos Náyeri y Wixárika contra la Presa Tres Cruces, el de los pueblos Nahuas y Totonacos de la Sierra Norte de Puebla contra las mineras y las hidroeléctricas, el de los Rarámuris contra los proyectos turísticos de las Barrancas del Cobre y un largo etcétera. Mayores detalles sobre más de 160 luchas recientes por el territorio en: Paz Salinas, María Fernanda, “Luchas en defensa del territorio: reflexiones sobre los conflictos socioambientales en México”, *Acta Sociológica*, México, núm. 73, mayo-agosto de 2017, pp. 197-219.

bienes comunes (tierra, manantiales, cultivos, lugares ceremoniales) e incluso su desplazamiento fuera de sus lugares ancestrales.

Para comprender la trascendencia de una sentencia como la que aquí se ha decidido analizar es importante explicar el alcance de los daños y las afectaciones que están padeciendo los pueblos debido a las nuevas tecnologías extractivas que impactan de forma grave sus formas de vida y desarrollo propio.

Para hacerlo, es útil aprovechar el concepto *neoextractivismo* que se ha posicionado con fuerza en el debate académico de las ciencias sociales y que ayuda a explicar uno de los rostros más violentos del modelo de desarrollo económico adoptado por muchos de los gobiernos de América Latina al inicio del siglo XXI.⁶ El concepto ahonda en la explicación sobre los procesos de mercantilización y financiarización de la naturaleza a escala global y la apertura de una nueva etapa de re-primarización de las economías latinoamericanas. Sirve también para comprender que, desde la década de los años ochenta del siglo pasado, se ha producido una fuerte avanzada de los mercados sobre tierras y territorios, donde pueblos y comunidades lograron conservar una gran riqueza en materia de recursos naturales, genéticos y de biodiversidad (semillas, agua, minerales, flora, bosques, fauna). Debido a la combinación de fenómenos tales como las crisis recurrentes por sobreacumulación, la necesidad de encontrar nichos alternos de mercado, el desarrollo de nuevas tecnologías y el fuerte despegue de economías como la china, dichas tierras y territorios se han convertido en nuevos objetivos estratégicos de empresas nacionales y transnacionales en favor de las cuales los Estados del sur global han modificado leyes y Constituciones para facilitar la entrega de bienes comunes naturales al mercado global de los *commodities*. Como resultado de ello, se ha ido imponiendo una nueva división internacional del trabajo, que está acentuando aún más las diferencias y asimetrías entre los países del centro y la periferia, y que está provocando —como lo ha señalado Svampa— cambios importantes en el “modelo de acumulación que ha intensificado de forma drástica la expansión de grandes proyectos económicos y de infraestructura que buscan el control, la extracción y la exportación para la circulación internacional de bienes naturales a gran escala”.⁷

⁶ Lander, Edgardo, *El neoextractivismo como modelo de desarrollo en América Latina y sus contradicciones*, Fundación Heinrich Böll Stiftung, 2014; Composto, Claudia, “Acumulación por despojo y neoextractivismo en América Latina; una reflexión crítica acerca del Estado y los movimientos socio-ambientales en el nuevo siglo”, *Astrolabio*, Argentina, Nueva Época, núm. 8, 2012.

⁷ Svampa, Maristella, “Consenso de los *Commodities*, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América latina”, *OSAL*, Buenos Aires, año, XIII, núm. 32, noviembre de 2012.

El neoextractivismo también se refiere al hecho de que esta forma renovada de extracción de bienes comunes, cada vez más escasos y frecuentemente no renovables, se está produciendo dentro de territorios que antes eran considerados como “no productivos”; tierras y territorios que estaban fuera del radar de los mercados. Si bien es cierto que desde el periodo de la Colonia las tierras de América han estado sometidas a una fuerte presión extractiva, esta nueva fase del extractivismo no es como la del periodo de la Colonia ni como la de mediados del siglo pasado, centrada en la minería y el petróleo. Los rostros de este nuevo embate son mucho más agudos y se manifiestan en la explotación y control forestal (incluso de la fotosíntesis para ingresarla en las bolsas de valores a partir de los bonos de carbón), los agonegocios basados en monocultivos, la compra masiva de tierras, megaproyectos turísticos y de espectáculo, la mega minería a cielo abierto, grandes presas y trasvases hídricos, introducción masiva de plantaciones transgénicas, parques eólicos o *fracking*, entre otros,⁸ que además de permitir la (re)apropiación y explotación masiva de bienes comunes, pueden convertirse en soluciones espacio temporales a las crisis de acumulación de las últimas décadas.⁹

El conjunto de todas estas gigantescas inversiones se ha ido traduciendo en una vertiginosa reconfiguración de los espacios indígenas y hace avanzar una nueva división territorial que repercute en una desigual distribución de los costos y los beneficios entre los actores que están involucrados: los mayores costos para los sectores más vulnerables de la sociedad y los beneficios para los más acaudalados. En este sentido, Composto explica que:

...la instalación de megaproyectos extractivos implica la completa reconfiguración de los territorios de destino, subsumiendo las relaciones sociales, productivas, ecológicas y políticas a una lógica puramente instrumental que conlleva la ruptura de lazos comunitarios, la destrucción de las economías regionales, la pérdida de diversidad cultural y la degradación de las condiciones ambientales.¹⁰

Uno de esos grandes proyectos es la siembra extensiva de monocultivos en millones de hectáreas en América Latina. Esta práctica agrícola supone cultivar un único tipo de planta en toda una propiedad o región determinada. Este modelo de siembra industrial se caracteriza por la producción

⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁹ Harvey, David, *El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión*, Socialist register, 2004, p. 100.

¹⁰ Composto, *op. cit.*, p. 338.

a gran escala que requiere prácticas de producción intensiva, detrás del cual existen inmensos aportes de capital (en muchas ocasiones de empresas transnacionales), biotecnología y paquetes agrotecnológicos para el control de plagas. En muchas ocasiones la producción está orientada a mercados internacionales. Este modelo agrícola industrial, que comenzó a ser impulsado desde la década de los años cincuenta del siglo pasado, ha recibido muy fuertes críticas por los daños que provoca sobre las comunidades campesinas locales y pueblos indígenas. Como ha sido documentado en fechas recientes, dicho modelo provoca grandes y polémicos procesos de concentración y control sobre las tierras, el agua y otros bienes comunes fundamentales para la reproducción de la vida indígena y campesina. En muchas ocasiones provoca el desalojo de los pueblos de sus tierras ancestrales, contaminación grave de los suelos, destrucción de los entornos ambientales, así como precarización de las economías locales que se puede traducir en una fuerte presión para tener que migrar a otras regiones.¹¹ En tanto que muchos de dichos monocultivos están fuertemente relacionados con el uso de organismos genéticamente modificados, a todo lo anterior hay que sumar los riesgos de alteraciones sobre la diversidad biológica de las zonas afectadas, la sanidad animal y vegetal, así como el peligro de dispersión de semillas genéticamente modificadas en áreas donde no está permitida la liberación.¹²

Es importante destacar que el impulso y desarrollo de muchos de los grandes proyectos arriba señalados se está imponiendo en territorios indígenas, ejidos o comunidades (bienes comunales) donde la noción individual de la propiedad no es siempre la dominante. Muchas de las mega obras o proyectos de inversión aterrizan en espacios regulados bajo el régimen de propiedad colectiva, donde sobrevive una consciencia de lo común, existe una tradición de trabajo comunitario (tequio) y de toma de decisiones conjuntas bajo esquemas ensamblarios.¹³ En otras palabras, no sólo se están afectando bienes comunes, consolidados durante el periodo posrevolucionario, que se protegieron jurídicamente frente a las lógicas del mercado y la apropiación individual, sino que se trastornan las relaciones políticas, sociales y culturales de quienes ahí habitan. Como es bastante obvio (cuando menos para cualquier abogado), todo lo anterior se encuentra enlazado de forma indis-

¹¹ Un texto que documenta distintos procesos de degradación de las condiciones de vida de poblaciones originarias como resultado del uso de monocultivos en: Emanuelli, María Silvia *et al.*, *Azúcar roja, desiertos verdes*, FIAN, HIC, diciembre de 2009.

¹² La propia sentencia que aquí se analiza, en el apartado de Considerandos, da cuenta de algunos de los riesgos vinculados al uso de biotecnología en la siembra de monocultivos.

¹³ En el caso mexicano, más de la mitad del territorio nacional está regido por los ejidos y comunidades que son las dos formas previstas de propiedad colectiva de la tierra.

luble con muchos de los derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo tanto, una de las consecuencias inmediatas del avance de la frontera extractiva es la violación generalizada de los derechos humanos de millones de personas. No es casual que la propia Suprema Corte de Justicia haya decidido publicar en fecha reciente un protocolo de actuación para casos relacionados con grandes proyectos de desarrollo¹⁴ donde se abordan estos graves problemas.

III. INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL DERECHO A LA CONSULTA Y AL CONSENTIMIENTO PREVIO, LIBRE E INFORMADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como ya se adelantó en párrafos anteriores, el avance del neoextractivismo también ha ido generando procesos de defensa de los derechos que no sólo incluye estrategias de movilización ciudadana y defensa ante tribunales, sino también esfuerzos de incidencia en instituciones (garantías primarias) para impulsar normas que los protejan y los garanticen al interior de los Estados o para hacer avanzar estándares internacionales, a partir de una interpretación evolutiva, que permita ampliar el alcance y contenido de los derechos. Es el caso del derecho a la consulta que, después de haber sido reconocido de manera formal en el artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹⁵ (Convenio 169), se ha ido precisando y robusteciendo a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas¹⁶ (DNUDPI) así como de interpretaciones elaboradas por comisiones de expertos, comités, relatorías especiales de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano así como por tribunales internacionales y regionales, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El objetivo principal de este apartado es dar cuenta de esos avances, retomando algunos de los estándares más relevantes, vinculantes para México,¹⁷ y centrando nuestra atención en la relación que existe entre el derecho a la consulta y el consentimiento, que es uno de los

¹⁴ Véase: *Protocolo de Actuación para Quiénes Imparten Justicia en Casos Relacionados con Proyectos de Desarrollo e Infraestructura*, México, SCJN, 2014.

¹⁵ Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf.

¹⁶ Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

¹⁷ Hay que recordar que a partir de la reforma constitucional al artículo 1o. de la Constitución llevada a cabo el 11 de junio de 2011, los tratados internacionales hoy tienen rango constitucional y constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional.

aspectos más relevantes de este derecho y uno de los temas centrales que abordó la sentencia 499/2015.

Como ya dijimos, los instrumentos jurídicos de mayor relevancia en la materia son dos: el Convenio 169, por ser un tratado vinculante hacia los Estados, y la DNUDPI, que goza de un muy amplio consenso a nivel internacional al haber sido ratificada por 143 países después de que durante veintidós años se discutiera su contenido para lograr tan amplia aceptación.

Aunque el Convenio 169 reconoce el derecho a la consulta en varios de sus artículos (6o., 15.2, 17, 22, 27 y 28), en este trabajo nos interesa comenzar por el artículo 6o. del mismo, que es el más amplio y ayuda a identificar con mayor precisión algunos de los elementos clave que estructuran al derecho, así como algunas de las obligaciones que los Estados parte asumen frente al mismo. A partir de la lectura de dicho artículo es posible entender en qué casos se debe consultar a los pueblos, cómo se les debe consultar, a quiénes se debe consultar y bajo qué principios fundamentales.

El texto del artículo establece que

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:
 - a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;
 - b)...
 - c)...
2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

En relación con la pregunta: ¿en qué casos se debe consultar a los pueblos?, la respuesta que ofrece el Convenio es muy clara: siempre que se prevean medidas legislativas (reforma constitucional, ley, reglamento, norma oficial, etcétera) o administrativas (acto, permiso, concesión, licencia, etcétera) susceptibles de afectarles directamente. Es importante destacar este mandato debido a que la Segunda Sala de la SCJN decidió fijar una posición distinta en la sentencia 499/2015 que se analizará más adelante.

En relación con las preguntas: ¿cómo se debe consultar a los pueblos y bajo qué principios? Interesa subrayar que el Convenio establece que las consultas deberán cumplir con cuatro principales elementos: *a)* procedimientos apropiados; *b)* instituciones representativas; *c)* buena fe, y *d)* tener como finalidad lograr el consentimiento de los consultados. Estos cuatro

elementos han sido complementados por otros cuatro, no establecidos de forma explícita por el Convenio pero que han sido desarrollados por distintos órganos especializados, facultados para interpretar el Convenio. Estos cuatro criterios son que la consulta debe ser: e) previa; f) libre; g) informada, y h) culturalmente adecuada. Analicemos de forma muy resumida cada uno de estos ocho elementos de la consulta.

- a) *Procedimientos apropiados*: este elemento exige a los Estados que respeten a las autoridades, los mecanismos y los tiempos que los pueblos utilizan para tomar sus decisiones (sus autoridades, estructuras y mecanismos tradicionales), así como sus tiempos. Es muy común que por la prisa que tienen los gobiernos y otros actores por hacer avanzar los proyectos, se presione a los Pueblos a resolver la consulta en una sola reunión, de pocas horas, o de forma expedita. Como lo ha señalado el Comité Tripartito, esto sería contrario al Convenio 169 en tanto que se “deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos puedan llevar a cabo sus procedimientos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.¹⁸
- b) *Instituciones representativas*: aun cuando los órganos especializados de la OIT han reconocido la dificultad que puede suponer determinar quiénes, o qué órganos, son los representantes de toda una comunidad o un pueblo,¹⁹ múltiples instituciones han insistido en que “...si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.²⁰ En el ámbito Interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha precisado que “la representación de los Pueblos debe ser definida de conformidad con sus propias tradiciones”.²¹

¹⁸ Informe Comité Tripartito, Caso UWAS Doc. GB/282/14/3], párr. 74, *ibidem*, p. 543.

¹⁹ Gutiérrez, Rodrigo, *Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México. Un primer acercamiento*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2564/28.pdf>.

²⁰ Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, párr. 44.

²¹ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, *cit.*, párr. 306, p. 119. El argumento lo retoma de la Corte Interamericana en el caso del pueblo de Saramaka, donde estableció “que es el pueblo de Saramaka, y no el Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes lo representarán”.

- c) *Buena fe*: este elemento exige que las consultas se lleven a cabo con el objetivo genuino de establecer un diálogo constructivo y de entendimiento entre el Estado y el pueblo. Para ello es fundamental que el diálogo se produzca en un marco de respeto y reconocimiento mutuo que permita llegar a acuerdos comunes²² a través de la plena participación de los afectados.
- d) *Lograr el consentimiento*: la pregunta sobre si el derecho internacional de los derechos humanos obliga o no a los Estados a obtener el consentimiento de los pueblos cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles, es la que mayores discusiones ha generado. Sin embargo, a partir de la aprobación de la DNUDPI en 2007, diversos órganos especializados de los sistemas universal e interamericano han consolidado la interpretación según la cual, en varios supuestos, los Estados sí están obligados a obtener el consentimiento. Los supuestos son los siguientes: a) con fundamento en el artículo 10 de la DNUDPI los Estados deben lograr el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos antes de proceder a cualquier traslado de sus tierras o territorios; b) igualmente, con base en el artículo 29.2 de la Declaración, los Estados no podrán permitir que se eliminen o almacenen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos sin su consentimiento; c) en tercer lugar, con fundamento en lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso *Saramaka vs. Surinam*, los proyectos a gran escala sólo pueden ser impulsados en los territorios de los pueblos si estos últimos otorgan su consentimiento después del proceso de consulta. El párrafo 137 de la sentencia estableció que:

Adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado...²³

²² Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, párr. 38.

²³ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, apartado E.2.a, párr. 137.

Estos tres supuestos han sido reforzados por distintos órganos especializados quienes han ido reiterando a través de su interpretación que la obtención del consentimiento debería ser la regla general que oriente cualquier consulta. Ha sido la postura de la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU en algunos de sus pronunciamientos oficiales.

Por ejemplo, en 2003, Rodolfo Stavenhagen señaló en su *Informe sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas* que “en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”.²⁴ En fecha mucho más reciente, desde esa misma Relatoría, la señora Tauli-Corpus, a partir de una visita *in loco* que realizó a México, estableció en las conclusiones de su informe final que

Cualquier consulta sobre actividades o medidas que pudieran afectar a los pueblos indígenas debe ser previa y se debe proporcionarles información adecuada sobre los impactos sociales, ambientales y culturales de dichos proyectos, y posibles medidas de mitigación, indemnización y beneficios. No debe procederse sin que se hayan implementado dichas garantías y se haya obtenido su consentimiento libre, previo e informado. Los pueblos indígenas cuyos derechos hayan sido vulnerados por dichos proyectos deben obtener justicia y una reparación integral.²⁵

En un sentido similar se han pronunciado órganos del Sistema Interamericano. Es el caso, como ya lo dijimos, de la Corte en el caso *Saramaka* pero también de la CIDH que en 2015 insistió en un informe sobre poblaciones indígenas y actividades extractivas que la regla general que debe orientar a la consulta es la obligación de obtener el consentimiento. Así lo subrayó en el párrafo 179 del informe al establecer que “...el objetivo de todo proceso consultivo debe ser llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento”. En el siguiente párrafo continúa la CIDH con la misma idea destacando que “...Este es un requisito básico que se encuentra en distintos instrumentos internacionales. Así, en varias disposiciones específicas de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se reitera

²⁴ Stavenhagen, Rodolfo, *Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, E/CN.4/2003/90, párr. 66, disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4359.pdf?view=1>.

²⁵ Informe de la relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, A/HRC/39/17/Add.2, 28 de junio de 2018, p. 17 (énfasis añadido).

el deber de consultar con el fin de obtener el consentimiento”.²⁶ La preocupación de la CIDH en esta materia frente al proceder de los Estados es tal, que en el párrafo 181 de ese mismo informe se refiere al deber de ajustar, o incluso cancelar los proyectos a partir de los resultados que se obtengan de la consulta.²⁷ Para este trabajo también es importante subrayar que en ese mismo informe la Comisión profundizó el análisis de las situaciones que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas impactados, y desarrolló pautas de interpretación para definir cuándo un proyecto puede ser considerado como de “gran escala”, a partir de la magnitud del mismo, volumen e intensidad de la afectación sobre el territorio y el impacto humano y social de la actividad. En el ámbito extractivo, la CIDH ha dicho expresamente que las actividades de extracción de hidrocarburos (gas y petróleo), así como la extracción en el marco de la minería metálica, son ejemplos de actividades de gran escala que requieren no sólo la consulta, sino el consentimiento de las comunidades o pueblos que habitan el territorio en donde se pretenda realizar el proyecto.²⁸

Como se puede observar, a partir de una interpretación evolutiva del Convenio 169 y la DNUDPI, distintos órganos especializados en derechos humanos han ido construyendo estándares que relacionan de forma estrecha la consulta con el consentimiento, exigiendo en varios supuestos que la obtención de este último sea una obligación para los Estados.

Los cuatro criterios anteriores han sido complementados —a partir de la interpretación del Convenio realizada por órganos expertos— por cuatro criterios más, que son los siguientes:

- e) *Previa*: uno de los elementos fundamentales de la consulta es el carácter previo de la misma. Ello es clave si se toma en cuenta que muchas de las decisiones o actos estatales que afectan los territorios de los pueblos se toman antes de iniciar cualquier contacto o diálogo con las comunidades. En los casos de grandes obras de infraestructura es muy común que la autorización de concesiones, permisos, manifestaciones de impacto, etcétera, se otorguen o aprueben sin haber establecido ningún tipo de comunicación con los potenciales afectados. Por esa razón, distintos órganos expertos han expresado que las co-

²⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 180.

²⁷ *Ibidem*, párr. 181.

²⁸ *Ibidem*, párr. 108.

munidades deben participar “lo antes posible del proceso, incluso en la realización de impacto ambiental”.²⁹ La propia CIDH ha especificado que la consulta, para ser previa, “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”.³⁰

- f) *Libre*: un sexto requisito indispensable es el carácter libre de la consulta, lo que supone que éstas deben llevarse a cabo “sin coerción, intimidación ni manipulación”.³¹
- g) *Informada*: es importante que la consulta cuente con la información adecuada para que los pueblos puedan comprender los objetivos, envergadura, alcances, ritmo, zonas afectadas, posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales, así como los sujetos que habrán de intervenir en el proyecto que se pretende poner en marcha.³² Lo adecuado de la información implica que esta sea clara, suficiente y accesible (traducida a la lengua originaria). Por lo anterior, ha sido necesario precisarlo en tanto que en muchas ocasiones las dependencias de los Estados involucradas en las consultas deciden enviar inmensos paquetes de información técnica, en formatos inaccesibles y en lenguas que les resultan ajenas a los afectados. Una consulta informada no puede reducirse a la mera entrega de información. En tal sentido, se requiere que el Estado acepte y brinde información que por lo menos abarque los siguientes aspectos.
- h) *Culturalmente adecuada*: de acuerdo con este último elemento, los procesos de consulta deben tomar en cuenta los métodos tradicionales

²⁹ Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, *op. cit.*, párr. 38, p. 550.

³⁰ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, *cit.*, párr. 302, p. 118.

³¹ Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, E/C.19/2005/3, disponible en: <http://www.cbd.int/doc/meetings/abs/absgtle-03/information/absgtle-03-inf-03-es.pdf>.

³² Véase OIT, CEACR: Observación Individual sobre el Convenio Núm. 169, pueblos indígenas y tribales, 1989 Bolivia, 2005; foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, E/C.19/2005/3, 17 de febrero de 2005; James Anaya, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, el 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, Apéndice A, párrs. 21 y 23.

que tiene cada pueblo para la toma de sus decisiones, así como sus propias formas de representación. Para la CIDH esto exige, como mínimo "...que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente".³³ De acuerdo con la Corte IDH y con la OIT, la adecuación del proceso de consulta también supone una dimensión temporal que tenga en cuenta el respeto a las formas indígenas y sus tiempos de decisión.³⁴

IV. CONTEXTO JURÍDICO LOCAL EN EL QUE SE ENMARCA LA SENTENCIA

Para los objetivos de este trabajo interesa subrayar que la mayoría de estos elementos del derecho han sido muy poco observados por las autoridades mexicanas. La anterior afirmación se basa en el trabajo de documentación que han realizado organizaciones de la sociedad civil a través de misiones de observación en algunos de los casos más relevantes de consulta en el país,³⁵ así como en un conjunto amplio de observaciones y recomendaciones realizadas por diversos organismos especializados en derechos humanos que al llevar a cabo visitas *in loco* en el país han identificado algunos patrones de violación del DCCPLI y por ello han hecho múltiples llamados al Estado mexicano exigiendo que cumpla con los estándares internacionales en esta materia.

Por ejemplo, en 2006, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (después de analizar el informe presentado por el gobierno mexicano) realizó una recomendación sobre el tema en los siguientes términos:

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 diciembre 2015, párr. 207.

³⁴ Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 203, y OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), GB.276/17/1; GB.282/14/3 (1999), párr. 79.

³⁵ En las siguientes páginas se pueden encontrar los resultados de las Misiones Civiles de Observación que han documentado algunos de los procesos más relevantes de consulta en el país, entre ellos el de la Soya Transgénica en la península de Yucatán que es la que aborda la sentencia aquí analizada. Disponible en: <https://observacionconsultayaqui.wordpress.com/>; <https://consultaindigenajuchitan.wordpress.com/>, y <http://consultaindigenamaya.org/>.

El Comité insta al Estado Parte a que consulte debidamente a las comunidades indígenas y locales afectadas por el proyecto de la represa hidroeléctrica La Parota u otros proyectos a gran escala en las tierras y territorios que poseen, ocupan o usan tradicionalmente, y a que procure obtener su consentimiento fundamentado previo en cualquier proceso conducente a la adopción de decisiones en relación con estos proyectos que afecten a sus derechos e intereses amparados por el Pacto, en consonancia con el Convenio de la OIT N° 169 sobre pueblos indígenas y tribales en Estados independientes.³⁶

Por su parte, la CIDH, en el Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, elaborado a partir de una visita *in loco*, realizada al país entre septiembre y octubre de 2015, identificó como principal problema de los pueblos indígenas el siguiente:

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;³⁷

Dos párrafos más adelante, insiste la Comisión:

Cuando se trata de violencia en territorios o comunidades indígenas donde se ubican grandes proyectos, el común denominador es el otorgamiento de permisos o concesiones sin la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, lo que suele desencadenar conflictos sociales y a la postre generar violencia, e incluso cobrar vidas.³⁸

Por otra parte, el grupo de trabajo de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos en su informe sobre la visita que llevó a cabo en México entre agosto y septiembre de 2016 recomendó al Estado mexicano que

Garantice la celebración de consultas previas e informadas con las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo y operaciones empresariales, que deberán iniciarse lo antes posible en el proceso de determinación de los diseños de los proyectos y de evaluación de sus efectos, entre otras cosas impartiendo instrucciones a los funcionarios públicos acerca de este requisito;

³⁶ E/C.12/MEX/CO/4, párrafo 28.

³⁷ CIDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México*, 31 de diciembre de 2015, párr. 252. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/mexico2016-es.pdf>.

³⁸ *Idem*.

c) Adopte medidas adicionales para asegurar el cumplimiento, en la práctica, de las normas internacionales sobre el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas.³⁹

Por su parte, el relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, Michel Forst, en su visita reciente al país en enero de 2017 se expresó de la siguiente manera:

...En muchas ocasiones, las consultas son una simple formalidad para proyectos que ya han comenzado a implementarse. Aliento fuertemente a las autoridades mexicanas a garantizar el consentimiento informado, libre y previo de comunidades indígenas como se establece en la convención ILO 169. Los procesos de consulta deben ser significativos con el fin de garantizar la protección y respeto de los derechos de las comunidades indígenas, en total cumplimiento con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas indígenas.⁴⁰

Finalmente, en fecha aún más reciente, la relatora de pueblos indígenas de la ONU, la señora Tauli-Corpuz, en una conferencia de prensa citada el 17 de noviembre de 2017 para dar detalles sobre su visita a México señaló que:

“...los pueblos indígenas no están siendo apropiadamente consultados, de acuerdo con los estándares internacionales, sobre proyectos y otras decisiones que afectan sus derechos...”. Por lo que urgió al Gobierno mexicano a “adoptar medidas decisivas para mostrar un verdadero compromiso para cumplir con los derechos de los pueblos indígenas”.⁴¹

Como puede observarse, tanto las misiones civiles de observación realizadas por las organizaciones no gubernamentales, como los pronunciamientos de los más variados organismos especializados, dan cuenta de conductas reiteradas por parte de las autoridades del Estado mexicano que se están traduciendo en la violación recurrente de los elementos centrales del DCCPLI. En este marco, no se puede hablar de casos aislados, sino de un patrón recurrente de violaciones que visibiliza un problema estructural que urge ser resuelto en el país.

³⁹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México, 27 de abril de 2017, A/HRC/35/32/Add.2, parr. 108 b).

⁴⁰ Informe del relator especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México, 12 de febrero de 2018, A/HRC/37/51/Add.2, p. 11.

⁴¹ Disponible en: <http://unsr.taulicorpuz.org/site/index.php/es/press-releases/206-mexico-impunidad>.

Frente a ello, la intervención del Poder Judicial, y sobre todo la de la SCJN, resulta clave, tomando en cuenta dos elementos. Por un lado, que la Corte es el máximo órgano de administración de justicia y última garantía a nivel nacional para la protección de los derechos humanos. Por otro, que los pueblos no sólo han sido sometidos a procesos de exclusión histórica y dominación cultural (que prevalecen hasta la fecha), sino que en la actualidad están viviendo la ocupación sobre sus territorios en un marco de profunda desigualdad de poder frente a inmensos emprendimientos privados que buscan desarrollar grandes proyectos lucrativos que en muchos casos ponen en riesgo la vida de las comunidades y se impulsan de forma ilegal, contraviniendo los estándares nacionales e internacionales de derechos humanos.

Tomando en cuenta todo eso, analicemos cuál fue la postura de la SCJN en la sentencia 499/2015.

V. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 499/2015

La discusión jurisdiccional sobre el problema de la soya transgénica en la península de Yucatán se ha producido a través de múltiples sentencias de amparo dictadas por la SCJN a partir de diversas demandas que han sido presentadas en distintos estados de dicha península (Yucatán, Campeche y Quintana Roo) por una variedad amplia de quejosos quienes han interpuesto cerca de una decena de amparos.⁴²

Si bien los actores de las demandas, los argumentos en las sentencias y las resoluciones emitidas por el más alto tribunal guardan algunas semejanzas entre sí, también existen diferencias importantes entre ellas. En este texto hemos decidido centrar nuestra atención en la sentencia 499/2015 debido a los elementos que la caracterizan (que ya han sido señalados en el apartado introductorio de este trabajo) y sobre todo por la línea argumental que la Segunda Sala de la Corte construyó en relación con el derecho a la consulta, el impacto significativo y el consentimiento previo, libre e informado.

Veamos algunos antecedentes generales de todos los juicios de amparo arriba señalados. Lo primero que tienen en común es ser instrumentos de defensa frente a las acciones emprendidas por la empresa Monsanto Co-

⁴² Amparo en revisión 198/2015 presentado en el estado de Yucatán; los amparos en revisión 921 y 923/ 2015 presentados en Quintana Roo; los amparos en revisión 241, 270, 410, 498, 499 y 500 presentados en el estado de Campeche.

mercial, S.A. de C.V. (Monsanto) interesada en poder liberar al ambiente, en fase comercial, soya genéticamente modificada resistente al herbicida glifosato (*Glycine max L.*) en 253,000 hectáreas en cinco polígonos ubicados en la península de Yucatán, Chiapas y la planicie Huasteca.

Un segundo antecedente general es la promulgación, en marzo de 2005, de la Ley de Bioseguridad y Organismos Genéticamente Modificados (LBOGM). En dicha norma se previó que para que un organismo genéticamente modificado (OGM) pudiera ser liberado al ambiente a través de su siembra con objeto de comercializarlo, se deberían superar dos etapas previas: siembra experimental y siembra piloto. Como lo establece dicha ley, cada una de esas etapas requiere el permiso correspondiente de las autoridades responsables. Monsanto fue avanzando en el proceso de obtención de los dos primeros permisos y el 17 de febrero de 2012 presentó una solicitud ante la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa)⁴³ para solicitar la liberación de dicha leguminosa, en etapa comercial, en 47 municipios que ocupaban las 253,000 hectáreas señaladas; 60,000 de esas hectáreas se encuentran en la península de Yucatán distribuidas en los estados de Campeche, Yucatán y Quintana Roo.

La ruta administrativa prevista por la ley para otorgar un permiso que habilite a un particular a liberar transgénicos al ambiente en fase comercial exige varios dictámenes y opiniones de diversos entes gubernamentales.⁴⁴ En este caso intervinieron múltiples dependencias hasta que el 5 de

⁴³ De forma específica ante la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera.

⁴⁴ El procedimiento completo fue el siguiente. En primer lugar, la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera de la Sagarpa remitió, el 21 de febrero de 2012, la solicitud presentada por Monsanto a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (DGIRA) de la Semarnat para que esta emitiera su dictamen. Esta dependencia señaló que no veía ningún impedimento para otorgar el permiso a pesar de que el Instituto Nacional de Ecología (INE) y la Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio) habían considerado inviable su otorgamiento por el riesgo en que colocaban a reservas y áreas naturales protegidas. En segundo lugar, el 23 de febrero de 2012 la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria remitió copia de la solicitud a la Dirección General de Sanidad Vegetal, de la Sagarpa, la que también se pronunció a favor de otorgar el permiso. El 29 de febrero, ambas direcciones de la Sagarpa remitieron copia de la solicitud a la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de OGM para que ésta inscribiera el acuerdo en el Registro Nacional de Bioseguridad para OGM y en paralelo enviaron dos oficios con la solicitud a la Dirección de Servicio de Inspección y Certificación de Semillas de la Sagarpa y a la Dirección General de Vinculación y Desarrollo Tecnológico para que también emitieran sus opiniones. La primera autoridad respondió el 14 de marzo que no veía impedimentos y la segunda, en el mismo sentido, el 21 de marzo de 2012. Teniendo la aprobación de todas estas dependencias, la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria de la Sagarpa puso la solicitud de Monsanto a disposición del público para que en caso de que alguna persona

junio de 2012 la Sagarpa, a través de sus direcciones de Inocuidad Agroalimentaria y Sanidad Vegetal, determinaron otorgar a Monsanto el permiso BOO.04.03.02.01-4377 para liberar soya transgénica *Glycine max L.* resistente al glifosato que se convirtió en el principal acto reclamado de la sentencia que aquí se analiza.⁴⁵

Veintidós días después de que se otorgara dicho permiso (el 27 de junio de 2012), diversas personas tanto físicas como morales, pertenecientes al Pueblo Maya, asentadas en el estado de Campeche y dedicadas principalmente a la apicultura, presentaron un amparo indirecto para impugnarlo.⁴⁶ Conviene resaltar, por el debate que esto generará al resolver la sentencia, que el amparo fue presentado por cinco personas físicas y por cinco asociaciones productoras de miel.⁴⁷

Las autoridades a las que demandaron fueron seis: el titular de la Sagarpa; el titular del Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria; el titular de la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuícola y Pesquera; el titular de la Semarnat; el titular de la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental y el titular de la Subsecretaría de Gestión para la Protección Ambiental.

Los argumentos de los quejosos se desarrollaron en torno a múltiples preocupaciones que se vertieron en distintos conceptos de violación. En primer lugar, se distinguió entre los daños que habrían de ser producidos por el uso del glifosato en la siembra de soya transgénica, y los daños que la soya habría de producir sobre la apicultura. En relación con lo primero, se subrayaron los riesgos que implica para la salud humana y el medio ambiente el uso del pesticida y cómo con ello el otorgamiento del permiso contravenía el principio precautorio. En relación con lo segundo, se destacó que la siembra de soya transgénica habría de afectar una práctica ancestral del Pueblo Maya y además uno de los principales medios de subsistencia de las

decidiera manifestarse, pudiera hacerlo. Transcurrido todo este proceso y habiendo recuperado las opiniones de los distintos entes administrativos, la SAGARPA a través de sus direcciones de Inocuidad Agroalimentaria y Sanidad Vegetal determinaron otorgar a Monsanto el permiso BOO.04.03.02.01-4377 para liberar soya transgénica *Glycine max L.* resistente al Glifosato que se convirtió en el principal acto reclamado de la sentencia que aquí se analiza.

⁴⁵ Los quejosos también impugnaron el Dictamen S.G.P.A./D.G.R.I.A/3530 emitido por la DGIRA el 11 de mayo de 2012.

⁴⁶ Los municipios afectados en Campeche habrían de ser: Champotón, Hecelchakan, Holpechén, Tanabo, Calkini, Escárcega, Carmen y Palizada.

⁴⁷ Miel y Cera de Campeche S.S.S. de R.L., Koollel Kab S. de R.L., Productores Unidos LOL K'AX S.S.S., Productos de Miel Real El Panal de Suc-Tuc S.C. de R.L. de C.V. y Unión de Apicultores Indígenas Cheneros S.S.S.

comunidades.⁴⁸ Por todo lo anterior, la siembra de la soya *Glicine max L.* afectaría múltiples derechos económicos, sociales, culturales y ambientales establecidos en la Constitución y en el derecho internacional de los derechos humanos: el derecho a la salud, al medio ambiente, derechos culturales, el derecho al trabajo, etcétera.

En segundo lugar, se argumentó que la decisión estatal de permitir la liberación comercial de soya transgénica se estaba tomando sin consultar a los principales afectados, y que por ello se atentaba contra la libre determinación de los pueblos, el derecho que tienen a decidir sobre su propio desarrollo, a participar en las decisiones estatales que les afectan, y que por todo ello se había vuelto a incurrir en una práctica estatal discriminatoria al no tomar en cuenta la opinión de quienes habrían de padecer las mayores consecuencias por la siembra, y sobre todo de grupos que históricamente han sido excluidos de los procesos de toma de decisiones estatales.

En tercer lugar, se alegó que se afectaría el trabajo y la supervivencia económica de muchas comunidades indígenas cuya principal actividad laboral era la producción de miel, violando con ello el derecho al trabajo de miles de personas, establecido en la Constitución y los tratados internacionales.

Todas esas consideraciones se tradujeron al lenguaje de los derechos humanos y en la demanda de amparo indirecto se alegó que la emisión del permiso 4377 se traducía en la violación de varios artículos establecidos en la Constitución mexicana⁴⁹ y en tratados internacionales⁵⁰ que reconocen el derecho a la salud, al trabajo, al medio ambiente, así como los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación y a la consulta previa, entre otros.

La demanda de amparo fue aceptada y turnada al juez segundo de distrito del estado de Campeche con número de expediente 762/2012. El 27 de enero de 2014 dicho órgano otorgó el amparo dejando insubsistente el permiso impugnado. En contra de ello la empresa Monsanto, las autorida-

⁴⁸ Esto último debido a que la mayor parte de la miel producida en la Península de Yucatán es exportada hacia países europeos donde existen muy fuertes restricciones a productos contaminados con polen de plantaciones transgénicas. La miel producida por las comunidades mayas se contamina debido a que las abejas liban en las flores de la soya y el polen contamina el producto final.

⁴⁹ Los artículos 1o., 2o., 4o., 5o., 6o., 14, 16, 26 y 123 de la Constitución mexicana.

⁵⁰ Los artículos 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 7o. y 8o. del Convenio 169 de la OIT; 5o., 13, 21 y 23 1.a) de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; el 25 a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el 6o., 11 y 12 del Protocolo de San Salvador; y el 6o., 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

des responsables señaladas en el amparo, y el Ministerio Público interpusieron diversos recursos de revisión para impugnar la sentencia. Para responder a ello los quejosos interpusieron el recurso de revisión adhesivo previsto por el artículo 83 de la abrogada Ley de Amparo.

El recurso recayó en el Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito en el estado de Campeche, radicándolo bajo el número 266/2014. Dicho tribunal decidió dos cosas: *a*) modificar la sentencia del juez de distrito y sobreseer el juicio de amparo respecto a cinco autoridades, dejándolo subsistente frente a la Dirección General de Inocuidad Agroalimentaria, Acuicola y Pesquera por ser la responsable de expedir el permiso; *b*) solicitar a la SCJN que ejerciera su facultad de atracción para resolver un tema que por sus características y trascendencia merecía ser resuelto por el máximo tribunal del país. La SCJN consideró que había elementos para la atracción⁵¹ y después del trámite, el 20 de mayo de 2015, remitió los autos del caso a la ponencia del ministro Medina Mora (perteneciente a la Segunda Sala de la SCJN) para que elaborara el proyecto de sentencia bajo el número de expediente 499/2015. Con fecha 4 de noviembre de 2015, la Segunda Sala de la Suprema Corte emitió el fallo que a continuación analizamos.

1. Estructura de la sentencia

Se trata de una sentencia extensa de 80 páginas que se encuentra dividida en cinco grandes apartados: *I*) antecedentes; *II*) juicio de amparo indirecto; *III*) recurso de revisión; *IV*) trámite ante la SCJN, y *V*) considerandos. En los primeros cuatro se describen todos los antecedentes del caso (antes de que éste llegara a la SCJN), desde la presentación de la solicitud del permiso por Monsanto, pasando por todos los elementos del juicio de amparo indirecto,⁵² del Recurso de Revisión, hasta llegar al procedimiento de atracción de la Corte. Es a partir de la página 41, en el sexto y último subapartado del apartado V,⁵³ donde la Segunda Sala entra al fondo del asunto y desarrolla los argumentos sobre el DCCPLI que es en lo que centraremos nuestra atención.

⁵¹ El 20 de febrero de 2015 se admitió a trámite la solicitud de ejercicio de facultad de atracción y en la sesión del 25 de marzo de 2015 la Segunda Sala decidió ejercerla. Posteriormente, en el acuerdo del 20 de mayo de 2015 se decidió remitir los autos a la Ponencia del ministro Medina Mora para que elaborara el proyecto de sentencia.

⁵² En este apartado.

⁵³ En los primeros cinco apartados de los considerandos la SCJN resuelve cuestiones formales sobre legislación aplicable, competencia, oportunidad, legitimación y procedencia.

2. Análisis de las líneas argumentales de la SCJN en la sentencia sobre el DCCPLI

Al resolver el fondo del recurso de revisión presentado por Monsanto en contra de la sentencia del juez de distrito que invalidó el permiso de siembra de soya, el máximo tribunal consideró que los agravios señalados por la empresa eran en parte infundados, en otra parte inoperantes y aunque algunos de ellos los encuentra fundados, subraya que son insuficientes para revocar la sentencia.

Los agravios alegados por Monsanto en el recurso de revisión fueron tres: *a)* falta de legitimación procesal y de interés jurídico por parte de quienes presentaron el amparo; *b)* la legalidad del permiso emitido por la DGI-RA; *c)* violación por parte del juez de distrito del principio de relatividad de la sentencia. Si bien tanto en el primero como en el tercero contienen elementos de interés que pueden ser analizados (el segundo no, porque lo resolvió el Tribunal Colegiado sobreseyéndolo antes de que se produjera la atracción por la Corte), nuestro principal foco de atención estará puesto en el primero, que es donde la SCJN construye un conjunto de criterios respecto del alcance y contenido del DCCPLI.

En el primer agravio señalado por Monsanto, se argumentó que 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 construir sus argumentos, la SCJN decidió ordenar los elementos que están en toda esta discusión a partir de cuatro diferentes preguntas que se propone responder a lo largo de la sentencia. En primer lugar, si las personas *físicas* quejasas tenían el derecho a la consulta; en segundo lugar, si las personas *morales* quejasas tenían derecho a la consulta; en tercer lugar, si las personas quejasas tenían el interés legítimo o jurídico para poder presentar el amparo; en cuarto lugar, si existía una afectación a la esfera jurídica de quienes interpusieron dicho recurso.

El esfuerzo argumental de la Sala tiene luces y sombras respecto del contenido y alcance del DCCPLI y construye algunos criterios a partir de disquisiciones equívocas, confusas, algunas contradictorias, otras estratégicas que en algunos casos buscan retomar los mejores estándares del derecho internacional de los derechos humanos, pero en otras los tergiversan.

Lo primero que le interesa resolver a la Sala es si las personas físicas quejasas tienen en el caso legitimación procesal para presentar el amparo ya que Monsanto alegó que no lo tenían. La Sala parte del hecho de que los quejosos denunciaron la violación del derecho a la consulta que, reconoce, se encuentra establecido en la Constitución y en el Convenio 169. Al

autoadscribirse los quejosos como indígenas, la Sala considera que obtienen en automático la legitimidad para presentar el amparo. Sin embargo, un primer problema de la sentencia es que la Sala, al desarrollar su línea argumental, establece que la consulta es una prerrogativa que “puede ser exigida por cualquier integrante de la comunidad o pueblo indígena, con independencia de que se trate o no de un representante legítimo nombrado por la comunidad”.⁵⁴ Esta aseveración la formula con base en una tesis aislada elaborada previamente por la Primera Sala que tiene como rubro: COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. CUALQUIERA DE SUS INTEGRANTES PUEDE PROMOVER JUICIO DE AMPARO EN DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COLECTIVOS.⁵⁵ Al margen de la potencial contradicción que encierra el rubro de la tesis entre titularidad individual y titularidad colectiva de los derechos, lo cierto es que su uso podría estar siendo contrario a algunos de los elementos fundamentales del contenido esencial del DCCPLI. Tal y como se señaló en el apartado II de este trabajo, uno de los elementos centrales del contenido del DCCPLI, establecido por el artículo 6o. del Convenio 169, es que éste se lleve a cabo con base en las instituciones representativas de los pueblos. Diversos órganos internacionales, facultados para interpretar el Convenio, se han pronunciado en ese sentido al señalar que “...si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas y tribales verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.⁵⁶ Esta línea de interpretación internacional, que se funda en la idea de que los derechos indígenas pueden ser de titularidad colectiva, choca de manera frontal con la tradición individualista de la SCJN, para quien los derechos humanos son principalmente de titularidad individual, y cuando mucho de ejercicio colectivo. Este posicionamiento sobre instituciones representativas versus titularidad individual, no sólo se encuentra en este fallo y parece estar convirtiéndose en un criterio reiterado. Se trata de un problema muy relevante de fondo, que requiere una discusión profunda pero que en este caso la sala volvió a eludir, contribuyendo a consolidar un criterio que genera confusión y que podría ser inconveniente. En cualquier caso, interesa decir que la Sala se basó en este criterio para sostener que las personas físicas quejosas, quienes se autoadscribieron como indígenas, sí tenían legitimación para presentar la demanda.

⁵⁴ Página 43 de la sentencia.

⁵⁵ Tesis 1ª CCXXXV/2013, Primera Sala, Décima Época, Tesis Aislada, Libro XXIII, agosto 2013, t. 1.

⁵⁶ Informe del Comité Tripartito [caso Shuar], Doc. GB.282/14/2, párr. 44.

Al responder la segunda pregunta planteada en la sentencia (legitimación de las personas morales para presentar el amparo), la Sala elabora un conjunto de disquisiciones confusas, circulares e inconexas que cuesta mucho trabajo desentrañar. Lo anterior podría deberse al hecho de que, en contradicción con lo establecido por la Corte IDH,⁵⁷ la SCJN ha reconocido en su jurisprudencia que las personas morales sí pueden ser titulares de derechos humanos, por lo tanto lo que se seguiría en secuencia lógica de ello, para este caso, sería reconocer que las empresas indígenas también tienen derechos; sin embargo, por razones desconocidas, intentó evitar decir lo anterior con base en la aseveración de que “las personas morales no reúnen los requisitos para que puedan ser consideradas integrantes de una comunidad indígena fundamentalmente, *porque las normas establecidas en el artículo 2o. constitucional se encuentran dirigidas a personas físicas indígenas*”.⁵⁸ Es con base en esta aseveración que se declara fundado el segundo agravio alegado por Monsanto. Al margen de la discusión sobre si las normas del artículo 2o. están o no dirigidas sólo a personas físicas, resulta sorprendente encontrar, tan sólo tres páginas adelante, un posicionamiento totalmente contrario al anterior cuando la Sala asevera que “Respecto a la titularidad de un derecho subjetivo, esta Sala advierte que los derechos reconocidos por el artículo 2o. constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, corresponden —en principio— a dichos grupos de forma colectiva...”.⁵⁹

El tercer punto del primer agravio está dirigido a responder si las personas indígenas quejasas tenían interés jurídico (o legítimo) para promover el amparo. Conviene aclarar que Monsanto señaló en el recurso de revisión que no lo tenían, y por otro lado el juez de distrito les otorgó el amparo con base en el reconocimiento de un interés legítimo; por ello, es un tema clave que la Segunda Sala debe resolver. Para hacerlo —se explica en la sentencia— se requiere la comprobación de tres elementos: *a)* que la persona quejosa sea titular de un derecho subjetivo; *b)* que exista una vulneración del derecho; *c)* que derivado de esa vulneración se cause una afectación directa e inmediata en la esfera jurídica del quejoso.

Por lo que toca a la titularidad del derecho, la Sala no duda en reconocerlo con base en lo que ya había venido exponiendo. Por lo que se refiere a la vulneración del derecho y la afectación directa en la esfera jurídica del

⁵⁷ En la Opinión Consultiva OC -22/16 de 22 de febrero de 2016 solicitada por la República de Panamá la Corte IDH resolvió por unanimidad que: “El artículo 1.2 de la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas, por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho tratado”, p. 46.

⁵⁸ Página 47 de la sentencia, el subrayado es de la propia SCJN.

⁵⁹ Último párrafo de la página 50 y primero de la 51.

quejoso, la Sala elabora una argumentación amplia a la que dedica veinte páginas. A lo largo de ellas la Sala establece algunos de los criterios más preocupantes, contrarios al derecho internacional de los derechos humanos, sobre el alcance del DCCPLI. Lo que sigue es un análisis de dichas páginas, con especial énfasis en las que están entre la 52 y la 55.

En el segundo párrafo de la página 52 de la sentencia, la Sala adelanta que los quejosos sí acreditaron que el acto impugnado generó afectaciones en su esfera jurídica, y en las siguientes páginas expone las razones con las que sustenta dicha afirmación.

En esa misma página comienza destacando que el derecho a la consulta es un instrumento fundamental para garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones estatales, tomando en cuenta que se trata de un grupo que ha sido históricamente excluido de éstas. No sólo ello —continúa la Sala— la consulta se encuentra relacionada de forma indisociable con el derecho a la libre determinación de los pueblos, así como otros derechos culturales y patrimoniales.

Sin embargo, en el segundo párrafo de la página 54, la Sala hace un alto e introduce una prevención: “Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado deba consultar a los pueblos o comunidades indígenas siempre que sean involucrados en alguna decisión estatal pues se llegaría al absurdo de tener que consultarlos incluso para la emisión de alguna ley o decisión administrativa”.

Y asevera en el tercer párrafo: “Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las comunidades indígenas deben ser consultadas en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos⁶⁰ sobre su entorno”.

Estas dos aseveraciones, que irrumpen al inicio de la argumentación, sorprenden al lector o lectora por dos razones. En primer lugar, porque lo que está contenido en el primer párrafo es contrario a la literalidad del Convenio 169 (al que además califica de absurdo).⁶¹ En segundo lugar, porque lo que está señalado en el segundo párrafo es falso.

⁶⁰ Para fundamentar su dicho, la Sala introduce aquí una nota a pie de página, la número 90, donde desarrolla el argumento según el cual el impacto significativo es el parámetro que deben utilizar los Estados para saber cuándo se debe consultar o no.

⁶¹ Como ya hemos señalado en párrafos anteriores, el artículo 6o. del Convenio 169 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*. De forma paralela la aseveración de la Segunda Sala también califica como absurda la redacción de la Declaración de las Naciones sobre de los

Por ello, en una primera lectura de ambos párrafos, se podría llegar a pensar que quienes dictaron esta sentencia se encontraban en una situación de desconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, cuando se leen con más atención —incluyendo las notas a pie de página y los textos a las que estas remiten— se descubre que la Sala realizó un esfuerzo de interpretación, bastante sofisticado, que transmuta estándares internacionales a partir de lo cual construye un criterio jurisprudencial sobre el DCCPLI que se encuentra muy por debajo de los estándares establecidos por el derecho internacional.⁶² Descubrir lo anterior requiere una lectura detallada del texto en tanto que la parte medular de la argumentación no se encuentra en el cuerpo de la sentencia, sino en la nota a pie

Derechos de los Pueblos Indígenas cuyo artículo 19 establece que: “Los 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” (énfasis añadido).

⁶² Preocupa saber que el criterio sobre *impacto significativo* ya ha sido convertido en una tesis aislada de la Segunda Sala que podría comenzar a ser aplicada por tribunales de menor jerarquía. La tesis es la siguiente: 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 sólo 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. 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 2016, t. 2, p. 1213.

de página número 90.⁶³ Además de esta cuestión formal, consideramos que esta “interpretación a la baja” se opone al artículo 29.9 de la Convención Interamericana que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos⁶⁴ así como al segundo párrafo del artículo 1o. constitucional donde se establece el principio pro persona⁶⁵ según el cual frente a posibles interpretaciones diversas deberá elegirse aquella que más beneficie a la persona.

La estrategia argumentativa que la Sala emprende está construida de la siguiente manera. En primer lugar, para fundamentar su primer postulado (según el cual los Estados no están obligados a consultar a los pueblos cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente), la Sala acude al párrafo 43 de un Informe del Ex Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas (James Anaya),⁶⁶ cuyas primeras líneas señalan que

⁶³ El argumento central sobre este debate se encuentra en la nota a pie núm. 90 de la sentencia que por su importancia transcribimos de forma completa: “Es importante señalar que los hechos del caso citado son diferentes a los del presente asunto, pues si bien la Corte Interamericana determinó que las autoridades debían requerir el consentimiento de la comunidad Saramaka para llevar a cabo el proyecto planeado, ello fue debido a que reconoció a su favor la *propiedad de las tierras y recursos que ocupaban*. En ese sentido, debe señalarse que en el ordenamiento jurídico mexicano no se reconoce a favor de las comunidades indígenas —*a priori*— la titularidad sobre los territorios y recursos naturales que ocupan. Por el contrario, la fracción VI, apartado A, del artículo 2o. constitucional, establece que las comunidades indígenas tienen el derecho de acceder a la *propiedad de las tierras siempre que lo hagan con respeto a las formas y formalidades establecidas en la Constitución y las leyes*; al respecto, las formas de propiedad de la tierra son: a) pública, b) privada y c) social (véase Tesis número: 178952). Por lo que, si bien en el caso citado el consentimiento de la comunidad era indispensable para la ejecución del proyecto en virtud de que ejercerían la titularidad sobre las áreas afectadas; en el presente caso, al no poder ser considerados los quejosos —o las comunidades a las cuales pertenecen— propiedades (*sic*) de las tierras que ocupan, no puede considerarse que el consentimiento constituya un requisito *sine qua non* para el desarrollo de los proyectos estatales. En ese sentido, el *impacto significativo* debe ser entendido como un parámetro objetivo que permite determinar a las autoridades cuándo debe consultarse a las comunidades indígenas involucradas”. SCJN, Amparo en Revisión 499/2015, de 4 de noviembre de 2015, Nota a pie núm. 90.

⁶⁴ Artículo 29.- Normas de Interpretación Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: ...b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

⁶⁵ Artículo 1. “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁶ El Informe lleva por título “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. A/HRC/12/34 del 15 de julio de 2009.

Sería irrealista decir que el deber de los Estados de celebrar consultas directamente con los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y diferenciados se aplica literalmente, en el sentido más amplio, siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, ya que prácticamente toda decisión legislativa y administrativa que adopte un Estado puede afectar de una u otra manera a los pueblos indígenas del Estado, al igual que al resto de la población.

Aquí es importante decir que, frente a esta advertencia realizada por el ex relator, la solución que propone es que los Estados quedan obligados a consultar “...siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad”.

Sin entrar en la discusión sobre si la interpretación de Anaya está alieneada con la regla establecida en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁶⁷ lo que aquí interesa subrayar es que la Segunda Sala sólo retomó la primera idea que está en las líneas iniciales del párrafo 43 del informe de Anaya, pero desechó la solución que ofrece el relator en las siguientes líneas.⁶⁸

En lugar de optar por la solución que aporta Anaya, nuestro máximo tribunal, para construir su propia solución, cambia del ámbito internacional al ámbito regional y acude a los párrafos 134, 135 y 136 del caso *Saramaka vs. Surinam* resuelto por la Corte IDH.⁶⁹ Lo sorprendente de esta estrategia de fundamentación es que dichos párrafos tienen como núcleo central de atención el consentimiento, no la consulta. Dichos párrafos fueron redactados por el tribunal interamericano con el objeto de precisar uno de los supuestos en el que los Estados quedan obligados a obtener el consentimiento de los pueblos como resultado del proceso consulta. Se trata de uno de los

⁶⁷ 31. “Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969)

⁶⁸ El ex relator precisa su solución con el siguiente párrafo “Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”. *Ibidem*, párr. 43.

⁶⁹ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172, apartado E.2.a, párr. 134-136.

estándares más altos que se puedan encontrar en el derecho internacional sobre el DCCPLI (construido a partir de una interpretación evolutiva de los derechos con el objeto de ampliarlos), que en este caso la SCJN utiliza para limitar el estándar de consulta en nuestro país.

En los tres párrafos citados del caso *Saramaka*, la Corte IDH primero distingue entre consulta y consentimiento (párrafo 134) y posteriormente (en el 136) determina que siempre que un Estado decida llevar a cabo “planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales” es obligatorio obtener el consentimiento, previo, libre e informado de los pueblos.⁷⁰

Como se señaló en el apartado II d) de este trabajo, a partir de la aprobación de la DNUDPI, múltiples organismos especializados de derechos humanos, a partir de una interpretación evolutiva de los derechos, han determinado que, en varios supuestos, los Estados no sólo están obligados a consultar a los pueblos, sino también a obtener su consentimiento; uno de esos supuestos es precisamente el que estableció la Corte IDH en los párrafos 134 al 136 del caso *Saramaka vs. Surinam*.

En ningún caso conocido la Corte IDH ha sugerido la idea de que a los pueblos sólo se les deba consultar cuando se produzca un impacto significativo sobre su entorno. Todo lo contrario, en casos posteriores en los que el tribunal interamericano ha vuelto a abordar el derecho a la consulta ha destacado la obligación estatal de consultar a los pueblos frente a cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a sus derechos.⁷¹

El esfuerzo de interpretación conforme que realiza la Segunda Sala en la nota 90 para fundamentar el parámetro de impacto significativo —mezclando en su argumentación los párrafos aludidos del caso *Saramaka* con artículos de la Constitución mexicana— es equívoco y deforma el sentido que la Corte IDH ha decidido otorgar a la noción de impacto significativo, haciéndolo migrar del consentimiento a la consulta sin fundamento lógico.

⁷⁰ Esta posición también la ha adoptado el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial a la que la Corte IDH cita en el párrafo 136.

⁷¹ En la sentencia *Sarayaku vs. Ecuador* la Corte IDH reafirma “La obligación de consultar a las Comunidades y Pueblos Indígenas y Tribales *sobre toda medida administrativa o legislativa que afecte sus derechos* reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que conciernen a sus intereses, está en relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención” (artículo 1.1). Corte IDH, *Caso del Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 166 (énfasis añadido).

El argumento señalado se basa en una supuesta distinción que la Segunda Sala traza entre los hechos del caso *Saramaka* y los que se abordan en la sentencia que aquí se analiza. La diferencia señalada se hace consistir en el hecho de que en el caso *Saramaka*, las autoridades fueron obligadas a obtener el consentimiento de los pueblos debido a que se reconoció a favor de las comunidades afectadas la propiedad de las tierras y recursos que ocupaban. En cambio —argumenta la Segunda Sala— “...en el ordenamiento jurídico mexicano no se reconoce a favor de las comunidades indígenas —*a priori*— la titularidad sobre los territorios y recursos naturales que ocupan”. A partir de esta supuesta diferencia la Segunda Sala extrae dos conclusiones: 1) que el consentimiento no constituye un requisito para el posible desarrollo de los proyectos estatales en el caso que se analiza en esta sentencia; 2) que “el impacto significativo debe ser entendido como parámetro objetivo que permite determinar a las autoridades cuando debe consultarse a las comunidades indígenas involucradas”. La primera conclusión entra en contradicción directa con el siguiente apartado de la sentencia (y con el propio fallo final que se funda en dicho apartado) en tanto que la Sala utiliza quince páginas para demostrar los potenciales impactos significativos que, derivados del proyecto de Monsanto, podrían afectar el uso y goce de los territorios de los quejosos y por ello los pueblos podrían exigir la obtención de su consentimiento; la segunda conclusión no está conectada en modo alguno con lo argumentado. No se entiende de dónde surge la determinación de que la noción de impacto significativo es un criterio objetivo que también debe quedar vinculado al derecho a la consulta. En otras palabras, la idea de que impacto significativo es un parámetro objetivo que condiciona al consentimiento, pero también al derecho a la consulta, surge de la nada argumentativa sin que sea posible entender cómo se llegó a tal conclusión.

Para empezar, convendría aquí recordarle a la SCJN que en varias sentencias de la Corte IDH se ha determinado que el derecho de propiedad de los pueblos indígenas es preexistente al reconocimiento formal que se haga o no de éste en el derecho interno.⁷² Por lo tanto, un ejercicio de in-

⁷² Así lo estableció la Corte IDH en el caso *Moiwana* al señalar que “...en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias —pero que carecen de un título formal de propiedad— la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”. Corte IDH, *Caso de la comunidad Moiwana vs. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de junio de 2005, párr. 131. Este es un criterio reiterado de la Corte IDH que también puede encontrarse en la sentencia *Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 151.

terpretación conforme que está pendiente en México —y que esperamos no se realice en una nota a pie de página— es el del alcance del derecho a la propiedad ancestral de los pueblos indígenas a partir de lo establecido por el artículo 21 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y la fracción VI, apartado A, del artículo 2o. constitucional, entre otros. De ahí que todo el esfuerzo argumentativo de la Segunda Sala en este tema específico quede sin su principal fundamento. En segundo lugar, habría que insistirle a la Sala que la noción de *impacto significativo* está relacionada con la exigencia a los Estados de obtener el consentimiento, no de realizar la consulta. En tercer lugar, que el salto argumentativo que da en el párrafo a la idea de impacto significativo como parámetro objetivo, no cuenta con ninguna explicación lógica en su argumentación.

Si se resumen los argumentos centrales de la Sala sobre esta discusión, resulta muy preocupante que en un solo párrafo, ubicado en una nota a pie, y afectado por una cuestionable técnica argumentativa, la Segunda Sala de la Corte haya determinado: 1) que los pueblos indígenas en México no tienen el derecho a la propiedad originaria sobre sus territorios; 2) que en el caso que se analiza, no es obligatorio que el Estado mexicano obtenga el consentimiento de los quejosos a pesar de reconocer que se produce un impacto significativo en la vida y entorno de las comunidades; 3) que el derecho a la consulta que tienen los pueblos en México sólo se puede exigir frente a aquellas decisiones del Estado que puedan generar un *impacto significativo* sobre la vida de los pueblos. Se trata de tres presupuestos jurídicos que limitan de forma preocupante el alcance del derecho a la propiedad originaria de los pueblos y el del derecho a la consulta de los derechos de los pueblos. En el segundo supuesto se limita el alcance del DCCPLI para los quejosos que interpusieron la demanda, en tanto se les niega el consentimiento, pero en el supuesto tercero se restringe el alcance del derecho para cualquier comunidad que decida ejercitar este derecho en el futuro debido a que de él se extrajo una tesis aislada de jurisprudencia.

A partir de la página 55 de la sentencia, la Segunda Sala se avoca a explicar, a partir de un análisis detallado, las razones por las cuales considera que el proyecto de siembra de soya transgénica, resistente al glifosato, sí es una iniciativa que potencialmente puede generar un impacto significativo en la vida y entorno de los quejosos.⁷³ Después de ello, la Sala resuelve algunos otros temas importantes como son los estándares que deberían guiar la consulta a las comunidades, las autoridades que deberían realizarla y la

⁷³ El potencial impacto al ambiente; el potencial peligro por la dispersión de semillas genéticamente modificadas en zonas libres de OGM; el potencial riesgo de impactos sanitarios.

diferencia entre consulta pública y consulta indígena. Si bien todas ellas tienen elementos que podrían ser comentados y analizados, por razones de espacio, deberán ser objeto de otro estudio.

En la página 72, antes de analizar los agravios segundo y tercero que presentó Monsanto, la Sala llega a la conclusión de que "...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 de amparo...", declarando infundado el primer agravio presentado por la empresa.

A continuación, resuelve los agravios segundo y tercero presentados por la empresa, que también por razones de espacio no es posible abordar en este texto. Finalmente llega al apartado resolutivo en el que decide otorgar el amparo, sólo a las personas físicas quejasas, respecto del permiso 4377 emitido por la Sagarpa a favor de Monsanto, hasta el momento en que las autoridades señaladas en la sentencia⁷⁴ lleven a cabo la consulta conforme a los parámetros establecidos en la misma.⁷⁵

Por desgracia, como ha ocurrido con otras sentencias dictadas por la SCJN en materia de pueblos indígenas sobre el derecho a la consulta,⁷⁶ el máximo tribunal no dio seguimiento a la misma lo que propició que las distintas autoridades del Estado encargadas de celebrar el proceso de consulta pusieran en marcha las peores prácticas, muchas de ellas contrarias al contenido esencial de dicho derecho.⁷⁷

Como puede observarse, se trata de una sentencia con luces y sombras. Por un lado, puede considerarse un fallo positivo para las comunidades que decidieron presentar el juicio de amparo en tanto les garantiza el derecho a la consulta e interpone un obstáculo a la expansión de un proyecto económico, con potenciales riesgos para la salud y el medio ambiente. Sin embargo, de forma paralela, se trata de un fallo que sienta un precedente muy preocupante para los pueblos indígenas en México en tanto que, a través de

⁷⁴ Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas en colaboración con la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados.

⁷⁵ La sentencia se refiere a sólo cuatro de los elementos clave de la consulta e indique que ésta debe ser previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.

⁷⁶ Tal es el caso de la Tribu Yaqui frente al acueducto independencia en el que una Misión Civil de Observación documentó las peores prácticas durante la consulta que pueden encontrarse en: <https://observacionconsultayaqui.wordpress.com/2015/02/11/informe-completo-de-la-mision-civil-de-observacion-de-la-consulta-a-la-tribu-yaqui-una-sentencia-fallida-febrero-2>.

⁷⁷ Una documentación detallada de las malas prácticas estatales emprendidas a todo lo largo del proceso de consulta fue elaborado por una misión civil de observación cuyos resultados de observación pueden encontrarse en: <https://consultaindigenamaya.org/>.

una interpretación que desfigura los estándares internacionales sobre la materia, limita de forma muy relevante el posible ejercicio futuro del derecho a la consulta y al consentimiento, previo libre e informado.

VI. CONCLUSIONES

- 1) Los pueblos originarios en México han sido sometidos desde hace siglos a procesos de exclusión y dominación cultural que tienen expresiones contemporáneas en los fenómenos de pobreza y discriminación (entre otros) que hoy los afectan. Estas circunstancias son las que han dado lugar a la adopción de tratados y declaraciones internacionales, que entre otras circunstancias, han subrayado el grave déficit que en la actualidad padecen los pueblos en los procesos de participación democrática, así como las enormes dificultades que enfrentan para poder ejercer su derecho a la libre determinación.
- 2) Los procesos neoextractivos, lejos de combatir lo anterior, están contribuyendo a intensificar los procesos de destrucción de los entornos naturales de los que dependen los pueblos, así como el despojo de sus tierras y territorios, traducéndose lo anterior en la violación de los derechos establecidos en la Constitución en interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos.
- 3) Frente a ello, el DCCPLI es un instrumento importante que la propia SCJN ha reconocido como herramienta fundamental para que los pueblos puedan avanzar en la garantía de todos los demás derechos.
- 4) La sentencia que se analiza, y que es uno de los primeros fallos de la SCJN sobre la materia, puede considerarse positiva —sobre todo por parte de los quejosos— en tanto que garantizó el derecho a la consulta en el caso concreto y obstaculizó el avance de un proyecto que la SCJN demuestra tiene potenciales impactos graves sobre las comunidades.
- 5) Sin embargo, la sentencia también puede considerarse negativa en tanto que establece varios criterios que, además de ser contrarios a los estándares establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos, podrían tener consecuencias graves en las vidas de los pueblos, así como en sus esfuerzos de lucha por la defensa de sus derechos.
- 6) Algunos de los problemas que preocupan son que se reitera el criterio según el cual cualquier persona que se autoadscribe como indígena podría exigir el DCCPLI que por su propia naturaleza es colecti-

vo. Tanto es así que el Convenio 169 de la OIT, y distintos órganos expertos, han subrayado que las consultas deberían realizarse con base en las instituciones representativas de los pueblos.

- 7) También preocupa que se reitera el criterio de la SCJN según el cual las personas morales sí son titulares de derechos (lo que es contrario a la opinión consultiva OC 22/16 emitida por la Corte IDH) pero que cuando se trata de personas morales indígenas, éstas no pueden exigir sus derechos debido a que —según la interpretación de la Segunda Sala— las normas establecidas en el artículo 2o. constitucional se encuentran dirigidas a personas físicas indígenas. Además de la posible violación al derecho a no ser discriminados que encierra este posicionamiento, ensombrece a la sentencia algunas contradicciones que se expresan a lo largo de sus páginas. Sobre este punto, tan sólo tres páginas después de exponer que las normas del artículo 2o. constitucional están dirigidas a personas físicas, la Sala señala que “Respecto a la titularidad de un derecho subjetivo, esta Sala advierte que los derechos reconocidos por el artículo 2o. constitucional a los pueblos y comunidades indígenas, corresponden —en principio— a dichos grupos de forma colectiva...”.
- 8) Sin embargo, los temas que más preocupan del fallo son los que están relacionados con de la noción de *impacto significativo* que la Sala desarrolla en el apartado de *Considerandos* al abordar los problemas de interés jurídico y de afectaciones al derecho alegado por los quejosos.
- 9) Un primer asunto formal que resulta inconveniente es que el núcleo central de la argumentación relativa al parámetro “impacto significativo”, no se encuentra en el cuerpo de la sentencia, sino en una nota a pie de página y que de ella se haya extraído una tesis aislada que podría comenzar a ser utilizada por tribunales de menor jerarquía dentro del propio Poder Judicial de la Federación, con consecuencias graves para la vida de los pueblos.
- 10) Una segunda cuestión de forma que también se considera inapropiada, es que la Sala acuda a fragmentos de distintos estándares internacionales, escogiendo a conveniencia algunas líneas de unos y otras de otros, construyendo así una estrategia interpretativa, confusa, alejada del sentido original de los estándares internacionales y de la que se desprenden conclusiones sin fundamento lógico (como la de que el “impacto significativo” es un parámetro objetivo).
- 11) Por lo que se refiere a la cuestión de fondo sobre el parámetro “impacto significativo” lo que más inquieta es que de manera contraria a lo establecido por el artículo 29.b de la Convención Americana de

Derechos Humanos (según el cual ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes), la Segunda Sala de la SCJN transmuta el sentido de los párrafos 134 al 136 de la sentencia *Saramaka vs. Ecuador* y a partir de ello limita el ejercicio del derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México, estableciendo que sólo podrán ser sometidos a consulta aquellas decisiones y proyectos estatales cuando se compruebe que éstos generan un impacto significativo sobre las comunidades y sus entornos.

- 12) También preocupa que al desarrollar su línea argumental sobre lo anterior, la Segunda Sala de la Corte, en cuatro líneas de la multicitada nota, niegue la posibilidad de que en México los pueblos indígenas puedan exigir su derecho a la propiedad ancestral sobre sus territorios, sobreponiendo con ello la Constitución mexicana al derecho internacional de los derechos humanos —incluyendo sentencias de la Corte IDH— donde se ha determinado que el reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos es previa al reconocimiento formal que los Estados hagan o no de ésta.
- 13) También resulta contrario al derecho internacional que la Sala, en dos líneas de la misma nota, niegue la posibilidad a las comunidades de exigir a las autoridades la obtención de su consentimiento como resultado de la consulta, sobre todo tomando en cuenta que el propio tribunal se encargó de dejar muy claro cuáles son los potenciales impactos significativos que podrían derivar de la siembra de soya transgénica resistente al glifosato en las comunidades mayas.