

CAPÍTULO OCTAVO

EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA PARA OBTENER EL CONSENTIMIENTO LIBRE E INFORMADO FRENTE A LOS MEGAPROYECTOS DE INVERSIÓN Y LA INDUSTRIA EXTRACTIVA

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*

SUMARIO: I. Introducción. II. Megaproyectos de inversión: la producción del espacio frente a la crisis de sobreacumulación. III. Megaproyectos y acumulación por desposesión. IV. El derecho a la consulta previa, libre e informada, y al consentimiento. V. La matriz multicultural del derecho a la consulta como elemento problemático para su ejercicio e implementación. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es aportar elementos que sirvan para reflexionar sobre la utilidad que puede tener para los pueblos y comunidades en México o no, el derecho a la consulta previa, libre e informada en el contexto actual, en el que el ataque sobre los territorios indígenas y campesinos se ha intensificado de forma evidente en la nueva fase expansiva del capitalismo al comienzo del siglo XXI.

Para cumplir con el objetivo, las primeras páginas del trabajo plantean consideraciones generales, de carácter contextual, relativas a las formas renovadas de descentralización y acumulación de capital que encuentran una de sus más palpables formas de expresión en los megaproyectos de inversión. Se aportará una caracterización general de dichas mega obras, su relación con la expansión del capital y las formas como éstos aterrizan en los territorios indígenas y afectan la vida de las comunidades.

* Co-coordinador del Proyecto PAPIIT IN302311. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En un segundo momento se emprenderá un análisis del derecho a la consulta, partiendo de su fundamentación positiva, el contenido básico del derecho, su relación con el consentimiento previo, libre e informado, y finalizando con una reflexión relativa a los alcances y límites que ese derecho tiene, a partir de su matriz multicultural para proteger la autonomía, el territorio y el propio desarrollo que los pueblos han logrado consagrar como derechos en el ámbito internacional de los derechos humanos.

II. MEGAPROYECTOS DE INVERSIÓN: LA PRODUCCIÓN DEL ESPACIO FRENTE A LA CRISIS DE SOBRECUMULACIÓN

La enorme capacidad de rearticulación que ha probado tener el sistema capitalista para mantenerse como proyecto económico dominante, a pesar de sus recurrentes crisis de sobrecumulación, ha sido un tema que ha generado importantes preguntas y debates dentro de la teoría marxista desde el siglo XIX. Tanto Lenin como Rosa Luxemburgo, por vías distintas, plantearon interesantes respuestas desde la teoría del imperialismo. En una dirección muy distinta y muchos años después, Lefevre, a partir de las exploraciones que realizó sobre las ciudades, abrió rutas explicativas sugerentes para este debate, vinculadas a la idea de la producción del espacio. Esa misma línea ha sido profundizada en años recientes por David Harvey, quien ha ofrecido explicaciones convincentes sobre cómo la producción de espacio es un elemento clave para la reproducción ampliada del capital y su supervivencia como proyecto dominante, incluso frente a las recurrentes crisis que atraviesa.

Según el geógrafo británico (Harvey), la tesis del ajuste espacio-temporal es bastante simple. Frente a una crisis de sobrecumulación de capital (que se expresa a través de una abundancia de mercancías que no pueden venderse o de excedentes de capital que no encuentran oportunidades de inversión), el empresariado abre soluciones espacio-temporales expansivas de carácter infraestructural. En otras palabras, se emprenden importantes esfuerzos para incorporar nuevos espacios al sistema de acumulación que permitan absorber los excedentes de capital. Ello, según Harvey, se puede producir a través de dos vías: la del desplazamiento temporal (que implica inversiones a largo plazo para abrir nuevos espacios en educación, salud, investigación, etcétera, que requieren la dotación de nuevas infraestructuras), y la del desplazamiento espacial, que implica la apertura de nuevas capacidades productivas, nuevas posibilidades de recursos y de trabajo en otras

latitudes.¹ Conviene adelantar —aunque será un tema que se profundizará en siguientes apartados— que la reasignación espacial de capital excedente siempre requiere de mediaciones como son las instituciones financieras o los Estados.

Es así que la construcción de megaproyectos, como procesos de expansión geográfica y reorganización espacial, son vías óptimas a través de las cuales es posible absorber los excedentes de capital y trabajo. Como lo ejemplifica Harvey, el crecimiento constante desde 1998 de la economía china ha generado enormes excedentes, que se ha traducido en la construcción de megaobras que empequeñecen la presa de las Tres Gargantas² (miles de kilómetros de ferrocarril, autopistas, inmensos esfuerzos ingenieriles para el desvío de ríos hacia grandes proyectos urbanísticos, etcétera).³ Por tanto, la solución infraestructural espacio-temporal es un esfuerzo de salida a las crisis, a través del aplazamiento temporal y la expansión geográfica. En palabras de Harvey:

La producción del espacio, la organización de nuevas divisiones territoriales de trabajo, la apertura de nuevos y más baratos complejos de recursos, de nuevos espacios dinámicos de acumulación de capital y de penetración de relaciones sociales y arreglos institucionales capitalistas (reglas contractuales y esquemas de propiedad privada) en formaciones sociales preexistentes brindan diversos modos de absorber los excedentes de capital y trabajo existentes. Sin embargo, estas expansiones, reorganizaciones y reconstrucciones geográficas a menudo amenazan los valores fijados en un sitio que aún no han sido realizados.⁴

Ahora bien, cuando en un determinado territorio (por ejemplo, en un Estado) existen excedentes que ya no pueden ser absorbidos por dinámicas internas, suele haber una búsqueda en espacios externos, de nuevos territorios, que permitan la absorción rentable. El principio de acumulación incesante impone una dinámica móvil del capital que en sus traslados espaciales reconstruye entornos (hoy de forma notable en América Latina), con sus consecuentes afectaciones sociales y ambientales. Es una lógica de creación-destrucción que produce en latitudes diversas, paisajes físicos que, incluso

¹ Harvey, David, *El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión*, Socialist Register, 2004, p. 100.

² Megaproyecto emblemático que produjo más de un millón de personas desplazadas de sus tierras.

³ Harvey, David, *op. cit.*, p. 102.

⁴ *Ibidem*, p. 97.

en muchas ocasiones, pueden ser abandonados (cuando su rentabilidad se agote) dejando sólo su estela de afectaciones.

III. MEGAPROYECTOS Y ACUMULACIÓN POR DESPOSESIÓN

Ahora bien, además del papel que los megaproyectos de inversión puedan desempeñar como solución infraestructural espacio-temporal a las crisis de acumulación, también pueden cumplir la función de ser punta de lanza del fenómeno de *acumulación por desposesión*. Como se sabe, desde la aparición de los textos de Rosa Luxemburgo se desarrolló, desde la reflexión crítica, la idea de que el capital se acumulaba a través de dos principales vías.

La primera, vinculada a la relación entre trabajadores y empresarios mediada por la plusvalía; bajo este supuesto, el capital se acumula en tanto que un porcentaje del trabajo realizado por los asalariados no es remunerado (explotación), generando un excedente de ganancia. Todo lo anterior se supone que ocurre en un marco de funcionamiento normal y movimiento de los mercados que operan bajo las leyes del libre intercambio, los principios del individualismo jurídico, la libertad de contratar y un conjunto amplio de normas que protegen la propiedad privada.

La segunda vía de acumulación no encuentra su explicación en las leyes del proceso económico, sino que se relaciona con otros fenómenos, como la colonización o la propia guerra. Para Rosa Luxemburgo, esta segunda vía, que caracterizaba las relaciones entre capital y otras formas de producción no capitalista, operaba a través de la violencia, el engaño, la opresión y la rapiña. Si bien para Marx —como lo explica en el capítulo XXIV de *El capital*— esta vía sólo tuvo lugar en el proceso de acumulación originaria del capital, para Rosa Luxemburgo ambas vías coexisten de forma permanente y paralela. Por tanto, junto a las formas ordinarias de acumulación bajo las leyes del mercado convive esta segunda vía, que avanza a través de procesos de mercantilización y privatización de la tierra, con la consecuente y constante expulsión forzosa de poblaciones originarias; la conversión de derechos de propiedad colectiva en propiedad privada; la supresión de bienes comunes; la destrucción de formas de producción y consumo distintas a las que impone el mercado junto con todo un conjunto de actos constantes y violentos. Cuando se analizan algunas de las realidades de los pueblos y comunidades en América Latina, parecen ser estas últimas las que prevalecen, sobre todo cuando nos acercamos a los procesos de impulso y desarrollo de

megaproyectos. Por esa razón, hacen sentido en nuestras latitudes las tesis propuestas por Harvey —quien retomando a Luxemburgo— ha considerado que la segunda vía (prácticas de depredación con uso de la violencia) son las que están caracterizando al capitalismo de finales del siglo XX y principios del XXI. Es a esta segunda vía a la que define como “acumulación por desposesión”.

1. ¿Qué es un megaproyecto?

K. T. Frick ha colocado en la discusión académica sobre los megaproyectos la caracterización de las “seis C” como herramienta teórica para intentar identificar dichos proyectos. Basándose en algunas de sus características más visibles, ha señalado que se trata de obras colosales en tamaño y alcance; cautivadoras por los retos ingenieriles que suponen y su antiesteticismo; costosas —generalmente con costos superiores a los proyectados—; controversiales; complejas y con problemas de control.⁵

Sin embargo, esta definición descriptiva de sus características físicas resulta insuficiente para comprender los alcances y daños que estas megaobras están provocando en cientos de comunidades en México y América Latina. Por ello, a la descripción física conviene añadir algunos otros rasgos clave que los caracterizan, como son las funciones que éstos cumplen en estructuras de acumulación más amplias, sus formas y tiempos de aterrizaje en las comunidades, sus estrategias de construcción, sus justificaciones técnicas, así como las dinámicas que los animan.⁶

Para comenzar, interesa destacar que una de las principales funciones que desempeñan los megaproyectos de inversión es que son vías convenientes para acelerar la descentralización del capital, colaborando así en la solución de crisis de sobreacumulación que puedan producirse ya sea internamente o en el exterior. Por las dimensiones que estas obras tienen, y las dimensiones de los capitales que son necesarios para ponerlos en marcha, estas megaobras son estrategias óptimas para ello.

⁵ Frick, K. T., “The Cost of the Technological Sublime: Daring Ingenuity and the New San Francisco-Oakland Bay Bridge”, en Priemus, H. *et al.* (eds.), *Decision-Making on Mega-Projects: Cost-Benefit Analysis, Planning and Innovation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, pp. 239-262.

⁶ La caracterización que aparece a continuación está construida a partir de la intervención de Carlos Vaimer en la Preaudiencia de represas del Tribunal Permanente de los Pueblos, capítulo México, que tuvo lugar en Temacapulín los días 5 y 6 de noviembre de 2012.

Por esta razón, otra de sus características principales es la intensidad temporal y territorial que implican. Los megaproyectos suponen una gran inversión de capital en lapsos de tiempo relativamente cortos sobre espacios territoriales focalizados. Cuando los pueblos o comunidades que podrían ser afectados por los mismos ofrecen alternativas de más largo aliento y con estrategias diversificadas de menor costo e impacto, los promotores de los megaproyectos invierten gran cantidad de energía para demostrar que la solución óptima es la megaobra: megavías elevadas, megapresas o megaplantas de tratamiento. Un proyecto popular alternativo de bajo costo que pueda resolver de igual o mejor forma una determinada necesidad de transporte, agua o cualquier otra, no cumple con la función que el capital le ha asignado a los grandes proyectos.

Otro elemento que es clave entender, es que cada proyecto requiere la apropiación previa del territorio donde se va a desarrollar. Los megaproyectos necesitan un espacio determinado que es necesario “limpiar”. Por tanto, la apropiación previa de territorio es una condición fundamental, y en ese sentido la participación del Estado lo es también. Son los Estados los que suelen preparar el campo, para que los proyectos se puedan instalar. Ello va desde la adecuación o creación de leyes⁷ que faciliten los procesos, hasta los decretos de expropiación o la convocatoria de supuestas asambleas de consulta, en las que se finge que los pueblos afectados otorgan su aprobación a los proyectos. En pocas palabras, no hay megaproyectos sin Estado.

Otro elemento es que los megaproyectos, por su intensidad capitalista y por los procesos territoriales y temporales que implican, por lo general desatan grandes y graves transformaciones sociales en los sitios que impactan. Se trata de procesos radicales, que suponen profundas transformaciones, la mayoría de las veces irreversibles. Los pueblos y comunidades que se ven involucrados son sociedades que quedan sometidas a cambios dramáticos que nunca fueron advertidos.

Y esto último también debido a otra característica de los megaproyectos, y es que las dinámicas que los anima son siempre exógenas a las comunidades. Las decisiones sobre su impulso son siempre decisiones externas a los pueblos, decisiones que la mayoría de las veces son tomadas incluso a miles de kilómetros de donde se instalan. Se planean en centros de decisión que los pueblos raramente conocen o incluso saben que existen.

⁷ En México es clave para todo ello la reforma del artículo 27 constitucional, así como la modificación de la Ley Minera, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Inversión Extranjera, la Ley de Inversiones Público Privadas, y muchas más.

Como resultará obvio después de lo dicho, no hay megaproyectos sin violencia. Esta última es consustancial a los procesos de exploración y desarrollo de los proyectos.

Otra característica importante a tomar en cuenta es que aparecen como una realidad técnica, y por ello las decisiones deben ser tomadas por especialistas, expertos. La lógica que los anima es tecnocrática, centralista, y por todo lo anterior necesariamente autoritaria.

Se imponen sin debate o consulta, en tanto se supone que son decisiones técnicas, por lo que implican procesos consustanciales de exclusión en la toma de decisiones.

Otro elemento que suele acompañar a los argumentos técnicos es el de la demanda. Ésta generalmente aparece como una realidad inexorable, que se debe resolver con urgencia. Las autoridades estatales, junto con los privados, claman que existe una demanda de energía que se debe cubrir para la producción, o bien que hay una demanda urgente de agua que se debe resolver. La idea de la demanda aparece como un gran decisor externo, incontrovertible, de carácter técnico, que sólo los especialistas han cuantificado y saben resolver. ¿Qué pueden decir y opinar los campesinos sobre la gran necesidad que hoy tiene México de generación de energía? Su importancia y urgencia —suelen argumentar los especialistas— es resultado de una investigación científica, y para resolverla se requieren de decisiones técnicas. Por lo tanto, quienes no son técnico ni conocen de las grandes necesidades de la economía y la planeación, no tienen nada que decir en las discusiones. Esto refuerza los procesos de exclusión en la toma de decisiones y en la consolidación de poderes tecnocráticos que sustituyen cualquier discusión pública o política sobre las obras.

2. *Neoextractivismo*

Las preocupaciones que puedan surgir a partir de las características de los megaproyectos aquí señalados se agravan cuando se comprende que el impulso a los mismos se está produciendo dentro del marco de un proceso de expansión del capital sin precedentes, que está aterrizando desde la década de los ochenta en nuevos territorios donde hay riqueza de recursos naturales, genéticos y de biodiversidad: tierra, petróleo, gas, agua, minerales, semillas, conocimientos tradicionales. Se trata de un proceso masivo de explotación de bienes comunes para su incorporación en el mercado mundial; la academia lo ha bautizado como “neoextractivismo”. Éste impone

una nueva división internacional del trabajo, que está acentuando aún más —incluso cuando eso ya parecía imposible— las diferencias y asimetrías entre los países del centro y de la periferia; entre países ricos y pobres. Como lo ha subrayado Maristela Szampa, se produjeron 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”.⁸

Se trata de una nueva forma de saqueo, caracterizado por la sobreexplotación de recursos naturales, cada vez más escasos, frecuentemente no renovables, y la expansión de sus fronteras hacia territorios que antes eran considerados como “no productivos”. Tierras y territorios que estaban fuera del radar del capital.

Esta nueva fase del extractivismo no es como la anterior, centrada en la minería y el petróleo. Los rostros de este nuevo proceso 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 agronegocios basados en los monocultivos, la compra masiva de tierras, megaproyectos turísticos y de espectáculo, la megaminería tóxica a cielo abierto, megapresas, parques eólicos y un largo etcétera.⁹

Bajo este contexto, los megaproyectos son indispensables (presas para la generación de electricidad, conexiones carreteras, etcétera) y el conjunto de éstos implica una vertiginosa reconfiguración de los territorios. Hace avanzar una nueva división territorial a escala global, que repercute en una desigual distribución de los costos y los beneficios entre los actores que están involucrados: los costos para el sur, los beneficios para el norte. Como lo señala Composto

...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

⁸ Svampa, Maristela, “Consenso de los *commodities*, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina”, *Osal*, año XIII, núm. 32, noviembre de 2012.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ 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*, Córdoba, nueva época, núm. 8, 2012, p. 338.

IV. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA, LIBRE E INFORMADA, Y AL CONSENTIMIENTO

Frente a todo lo anterior, los pueblos indígenas organizados en luchas por sus territorios, en años recientes han comenzado a sumar dentro de sus estrategias el derecho a la consulta previa, libre e informada, y al consentimiento, tanto en Guatemala, Colombia, México, entre otros países. Por ejemplo, la reforma de junio de 2011 que modificó el artículo 1o. constitucional mexicano (entre otros) transformó de forma muy significativa la relación entre la Constitución y los tratados internacionales. Ésta ha tenido un impacto significativo en el uso que hoy están haciendo los pueblos del derecho a la consulta. En la actualidad ya no queda ninguna duda de que el Convenio 169 de la OIT forma parte del bloque de regularidad constitucional y, por tanto, el derecho a la consulta que se establece en varios de sus artículos ha comenzado a ser invocado de forma constante en los distintos procesos de defensa de los territorios; asimismo, ha aumentado el número de demandas de amparo que están exigiendo ante tribunales el derecho a la consulta cuando éste no se respeta por parte de las autoridades.

1. *Definición general y fundamento del derecho a la consulta previa*

En la discusión actual sobre el tema general de la consulta suele haber confusiones al referirse a este derecho. En ocasiones, en el debate público o periodístico se suele confundir la consulta popular (artículo 35 constitucional), la consulta pública (LGEEPA) y la consulta indígena. En este texto sólo nos referiremos al derecho establecido en la fracción IX, apartado B, del artículo 2o. constitucional, así como en diversos artículos del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI). Se trata del derecho a la consulta vinculado a la autonomía y libre determinación de los pueblos para decidir lo que ocurre en sus territorios, y no al derecho a la consulta vinculado al derecho a la participación que tiene toda la población en general en los asuntos públicos.

El derecho a la consulta previa, libre e informada y al consentimiento es el derecho colectivo que tienen los pueblos indígenas, y las comunidades equiparables a ellos,¹¹ a ser escuchados y tomados en cuenta cuando gobier-

¹¹ El último párrafo del artículo 2o. establece que “Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”.

nos o particulares tengan planeado impulsar proyectos, políticas, o leyes que puedan afectar sus territorios, sus bienes, su patrimonio cultural o su propio desarrollo. En un contexto como el que se ha descrito en párrafos superiores, y partiendo de una realidad histórica marcada por patrones de discriminación y exclusión que sobrevive hasta la fecha —y que se han traducido en la desintegración de las culturas, el desplazamiento de las comunidades y la pobreza, entre otros graves fenómenos—, uno de los objetivos principales de este derecho es acabar con la reproducción de los patrones de abuso y dominación, garantizando que pueblos y comunidades puedan ejercer sus derechos a la autonomía, a la libre determinación y a la participación, así como el derecho a poder decidir sus propias formas de desarrollo dentro de sus territorios. Por tanto, cuando un agente externo a los pueblos (ya sea público o privado) comienza a desarrollar planes o proyectos que puedan afectarles, se deberá abrir —antes de iniciar cualquier acción— un proceso amplio de diálogo, guiado por el principio de buena fe, para que los pueblos puedan conocer y valorar los alcances y efectos que las intervenciones externas habrán de tener sobre sus formas o espacios de vida y tomar una decisión respecto a todo ello.

Si bien este derecho se encuentra reconocido en la Constitución mexicana,¹² su contenido y alcance deberá ser interpretado —como lo exige el artículo 1o. de la Constitución— de conformidad con los tratados internacionales en la materia, eligiendo aquella interpretación que favorezca la protección más amplia a los titulares del derecho.¹³ Por su parte, los tratados más importantes que en el derecho internacional establecen este derecho son, como ya se dijo, el Convenio 169 de la OIT (artículos 6o. y 15, 17, 22, 27 y 28) y la DNUDPI (artículos 10, 19 y 29).¹⁴

¹² El segundo párrafo del apartado B, artículo 2o. constitucional señala que “Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

...

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”.

¹³ De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, “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”.

¹⁴ Existen otras normas e instituciones en el derecho internacional de los derechos humanos que también establecen los alcances del derecho a la consulta, tales como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 27); la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, del 28 de noviembre

2. *Contenido del derecho*

Si bien es cierto que el derecho a la consulta previa y al consentimiento ha sido establecido en múltiples documentos internacionales y han surgido un conjunto amplio de estándares a partir de la interpretación autorizada que han realizado decenas de organismos especializados en el ámbito de los derechos humanos, el artículo que es punto de partida para comprender el alcance y contenido de este derecho es el 6o. del Convenio 169 de la OIT.

En dicho artículo se 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;

...

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.

Como puede observarse de la lectura de ambos párrafos del artículo 6o. se establece que la consulta deberá realizarse mediante procedimientos apropiados, a través de las instituciones representativas, de buena fe y con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. Veamos cada uno de estos elementos, que son los que nos permitirán comenzar a identificar el contenido del derecho y las obligaciones que los Estados parte adquieren frente al mismo.

— Por lo que se refiere al elemento procedimientos apropiados, los organismos expertos han destacado que los pueblos tienen el derecho a discutir y tomar la decisión relativa a la medida legislativa o administrativa que se les consulte con base en sus propios procedimientos y a través de sus estructuras organizativas y sus tiempos. Esto

de 2007, párrs. 129-137; el Comité de Derechos Humanos, comunicación núm. 1457/2006, *Poma C. el Perú*, párrs. 7.5 y 7.7, donde se interpreta el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en su Observación General 23, párr. 4, inciso d; y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/1/Add.74, del 6 de diciembre de 2001 (observaciones a Colombia), párr. 12.

impide que los Estados puedan tomar decisiones de forma expedita, como lo ha señalado el Comité Tripartito; para que una consulta se apegue al Convenio “...se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procedimientos de toma de decisiones y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales”.¹⁵

- Por lo que se refiere al tema de las instituciones representativas, diversos órganos especializados de la OIT han reconocido la dificultad de determinar quiénes, o qué instancias, son los que pueden ser considerados como representantes de toda una comunidad o un pueblo.¹⁶ Aun así, se ha insistido desde varias instituciones, que

...el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta... 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.¹⁷

Como la ha subrayado la Corte Constitucional de Colombia, el objetivo es que se dé oportunidad a las comunidades indígenas para que libremente y sin interferencia puedan, mediante la convocatoria a sus integrantes o representantes, valorar conscientemente la medida administrativa, legislativa o el proyecto que el gobierno o los particulares estén planeando llevar a cabo.¹⁸

- En tercer lugar, el Convenio establece como criterio relevante para llevar a cabo las consultas el de la buena fe. Ello se puede traducir en el hecho de que dichos procesos deben llevarse a cabo con el objetivo de establecer un diálogo genuino entre las partes (gobierno y comunidades) a partir del cual sea posible encontrar una solución que sea satisfactoria a las problemáticas que la decisión legislativa o

¹⁵ Informe del comité tripartito establecido para examinar el reclamo en la que se alega el incumplimiento por Colombia del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (num. 169 de la OIT), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT). Doc. GB.282/14/3, párrafo 79 (*caso Uwa*’s).

¹⁶ Gutiérrez, Rodrigo, “Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México. un primer acercamiento”, *Repositorio Universitario Jurídicas*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2564/28.pdf>.

¹⁷ Informe del Comité Tripartito del *caso Shuar*. Doc. GB.282/14/2, párr. 44.

¹⁸ Corte Constitucional SU-039/97, apartado II (consideraciones de la Corte), punto 3.

administrativa implique. Para ello, debe construirse una atmósfera de respeto y reconocimiento mutuo que permita llegar a acuerdos comunes¹⁹ a través de la plena participación de los afectados.

- En cuarto lugar, el Convenio establece uno de los elementos más relevantes que han sido mayormente discutidos sobre el derecho a la consulta. Se trata de la cuestión relativa a llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento. El tema es relevante porque detrás del concepto “lograr el consentimiento” está implícita la discusión sobre si la consulta puede implicar el veto por parte de los pueblos a la medida legislativa o administrativa que se quiera tomar, o no. En las discusiones, algunos órganos adelantaron criterios respecto al artículo 6o. del Convenio, de que no se desprendía la obligación de obtener el consenso de las comunidades, sino sólo que éstas tuvieran la oportunidad de participar con libertad en la formulación y aplicación de las políticas o proyectos que les afecten.²⁰ Sin embargo, a partir de la aprobación de la DNU DPI, en 2007, distintos órganos especializados en el sistema universal e interamericano, con base en la interpretación evolutiva de los derechos, han ido avanzando novedosas e importantes interpretaciones a partir de las cuales, en diversos supuestos, los Estados sí están obligados a obtener el consentimiento en los procesos de consulta.

Para comenzar con la identificación de algunos de estos criterios, conviene tomar en cuenta el texto de la DNU DPI, que en su artículo 10 determina que los Estados están obligados a obtener el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos antes de proceder con cualquier traslado de sus tierras o territorios. En esa misma Declaración, el artículo 29.2 establece que en los casos en los que el Estado planee eliminar o almacenar materiales peligrosos en las tierras de los pueblos no podrá ocurrir sin el consentimiento de estos últimos; en otras palabras, que si no se obtiene su consentimiento no podrán almacenarse materiales peligrosos en sus territorios. A dichos criterios se han sumado otros, que también son vinculantes para el Estado mexicano. El más relevante relativo al tema de los megaproyectos ha sido establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en la sentencia del *caso Saramaka vs. Surinam*, de noviembre de 2007. En dicho caso el tribunal interamericano se pronunció en el sentido de que los proyectos a gran escala deben contar siempre con el consentimiento de

¹⁹ Informe del Comité Tripartito del *caso Shuar*. Doc. GB.282/14/2, párr. 38.

²⁰ *Ibidem*, párr. 39.

las comunidades o pueblos que puedan padecer afectaciones. Lo dijo de la siguiente manera:

...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 del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones.²¹

En sintonía con esta decisión, otros órganos especializados en distintos ámbitos del derecho internacional se han pronunciado en dirección similar. Por ejemplo, la Relatoría Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU ha señalado, en distintos documentos, que la obtención del consentimiento en las consultas debería ser la regla general. Ya desde 2003 Rodolfo Stavenhagen señaló en su *Informe sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas* que “[e]n relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas”.²²

En un informe más reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha vuelto a insistir de forma explícita que la regla general que debe orientar un proceso de consulta es la obligación de obtener el consentimiento. En el párrafo 179 de dicho informe, retomando los criterios de la Corte IDH, se establece que “...el objetivo de todo proceso consultivo debe ser llegar a un acuerdo u obtener un consentimiento”. En el párrafo 180, esta exigencia se subraya, al establecer 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 el deber de consultar con el fin de obtener el consentimiento. Igualmente, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 6.2 que “las consultas llevadas a cabo... con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

²¹ 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.

²² Stavenhagen, Rodolfo, “Informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, ONU, Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, 2003, Doc. E/CN.4/2004/80/Add. 2.

De acuerdo con la OIT, la consulta no se limita ni se agota en un mero trámite formal o informativo, sino que debe concebirse como “un verdadero instrumento de participación”.²³

En el párrafo 181 del mismo informe se alude al deber de los Estados, incluso de cancelar los planes o proyectos a partir de los resultados que se obtengan de la consulta: “Así, ha señalado que es deber de los Estados ajustar o incluso cancelar el plan o proyecto con base en los resultados de la consulta con los pueblos indígenas, o, en defecto de tal acomodo, el de proporcionar motivos objetivos y razonables para no haberlo hecho”.²⁴

En ese mismo informe, la Comisión ha profundizado el análisis de las situaciones que requieren el consentimiento de los pueblos indígenas impactados, y ha desarrollado pautas de interpretación para definir a un proyecto como de “gran escala”, entre otras, con base en su magnitud, 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 pretenden realizar el proyecto.²⁵

A los cuatro criterios anteriores establecidos en el artículo 6o. del Convenio 169 de la OIT, en el trascurso de la discusión internacional sobre el alcance y contenido del derecho a la consulta, se han ido agregando nuevos criterios por distintos órganos especializados, que los Estados deben tomar en cuenta.

- Un quinto elemento clave es el carácter previo de la consulta. La noción “previa” alude al hecho de que la consulta debe llevarse a cabo antes de realizar cualquier acción sobre los territorios, incluyendo actos administrativos, como puede ser el otorgamiento de permisos o concesiones a terceros. Múltiples organismos han determinado que las comunidades deben participar “lo antes posible del proceso, incluso en la realización de estudios de impacto ambiental”.²⁶ En este sentido, la CIDH ha especificado que la consulta, para ser previa,

²³ CIDH, *Pueblos indígenas, Comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, CIDH-OEA, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 180.

²⁴ *Ibidem*, párr. 181.

²⁵ *Ibidem*, párr. 108.

²⁶ Informe del Comité Tripartito del caso *Shuar*, *cit.*, párr. 38, p. 550.

...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”.²⁷

- En sexto lugar se ha sumado el concepto “libre”, que se refiere al hecho de que durante el procedimiento de consulta están prohibidos todos los actos de manipulación, pago a líderes o a otros integrantes de la comunidad, intimidación, chantaje, o cualquier otra forma de coerción que impida a los integrantes de las comunidades tomar una decisión en libertad.
- En séptimo lugar, la categoría “informada” implica que los pueblos deberán contar con toda la información necesaria para valorar los impactos positivos y negativos del potencial proyecto; correlativamente, los Estados parte, u otros actores externos, deberán guiarse bajo el principio de máxima transparencia, garantizando el acceso a la información que los pueblos requieran. En este último sentido no es aceptable que el Estado envíe paquetes incomprensibles de información, en formatos que les impida el acceso a los pueblos o en lenguas que les resultan ajenas.
- Finalmente, los órganos internacionales también han señalado que las consultas deberán ser *culturalmente adecuadas*. Ello implica que los procesos de consulta deben ajustarse a las formas de organización y representación que los pueblos practican. Como lo ha detallado James Anaya:

...se deben prever los tiempos necesarios para que los pueblos indígenas del país puedan llevar a cabo sus procesos de toma de decisión y participar efectivamente en las decisiones tomadas de una manera que se adapte a sus modelos culturales y sociales... si estos no se tienen en cuenta, será imposible cumplir con los requisitos fundamentales de la consulta previa y la participación.²⁸

²⁷ CIDH, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA- CIDH/OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009, párr. 302, p. 118.

²⁸ Anaya, James, “Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas”, ONU, 5 de octubre de 2009, A/HRC/12/34/Add.6, apéndice A, párr. 33.

V. LA MATRIZ MULTICULTURAL DEL DERECHO A LA CONSULTA COMO ELEMENTO PROBLEMÁTICO PARA SU EJERCICIO E IMPLEMENTACIÓN

Como se desprende del apartado anterior, el derecho a la consulta se ha ido desarrollando y robusteciendo —con base en el principio de interpretación evolutiva de los derechos— de forma considerable. Una muestra de ello es la exigencia de obtención del consentimiento que, con fundamento en la interpretación de diversos órganos expertos, permite a los pueblos vetar en varios supuestos las decisiones legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. Por ejemplo, los pueblos podrán exigir que se obtenga su consentimiento como resultado de la consulta cuando se les intente expulsar de sus tierras, también cuando se pretenda almacenar residuos peligrosos dentro de sus territorios, o bien cuando se pretendan emprender proyectos a gran escala (megaproyectos), como pueden ser los de extracción de hidrocarburos, minería o cualquier otro plan de desarrollo o inversión que pueda tener un impacto profundo sobre sus territorios.²⁹

Sin embargo, en contraste con lo anterior, cada día aparecen más y más denuncias de pueblos y comunidades, documentos académicos, así como informes de expertos independientes que están denunciando y dando cuenta de la forma como se está implementando el derecho a la consulta y al consentimiento en casos concretos en América Latina. Es preocupante descubrir, a través de dichos documentos, la enorme distancia que existe entre las normas (incluyendo a los estándares internacionales) y el ejercicio del derecho. La brecha de implementación que existe en América Latina en el tema de consulta es tan grande que resulta casi imposible encontrar entre todos los procesos emprendidos uno que pueda considerarse apropiado por haberse apegado a los estándares internacionales. En un informe publicado en 2015 por la Fundación para el Debido Proceso (DPLF, por sus siglas en inglés), que analiza diversos procesos de implementación de este derecho en seis países de América Latina, ya se daba cuenta de algunos de los patrones constantes de violación del mismo.³⁰ Desde casos en los que se iniciaron las consultas cuando los proyectos ya estaban en marcha, como el TIPNIS, en Bolivia, pasando por los graves fallos en los temas de información y adecua-

²⁹ Corte IDH, *caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, cit., párr. 137.

³⁰ DPLF y OXFAM, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances, desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Washington, DPLF, 2015.

ción cultural, o bien de omisión total, como en el caso colombiano, donde, entre 1993 y 2012, se entregaron 2,331 licencias ambientales en territorios indígenas, y sólo se efectuaron 156 procesos de consulta.³¹

En fecha más reciente fue publicado un informe similar, aunque sólo sobre el caso mexicano, elaborado a partir del análisis de 31 consultas sobre proyectos de desarrollo, cuyas conclusiones son igualmente preocupantes. De acuerdo con la información ahí vertida “...las diferentes instituciones del Estado mexicano han incumplido sistemáticamente la obligación de respeto y garantía del derecho a la consulta y el consentimiento de los pueblos indígenas”.³² Dicho trabajo expone que “la omisión en la obligación de consultar a los pueblos indígenas sigue siendo la regla general desde hace más de dos décadas”.³³ En el documento se da cuenta de procesos de consulta con permisos ya otorgados, o incluso con obras construidas y en funcionamiento. Asimismo, consultas en contextos de criminalización a los integrantes de las comunidades que fueron desde ataques directos contra defensores o encarcelamiento de los líderes. También se refiere a esfuerzos emprendidos por autoridades estatales o empresas para imponer los ritmos del proceso o incumplimiento de los acuerdos celebrados con los pueblos indígenas.

Por lo que se refiere al tema de la información, el informe expone lo usual que es la entrega de información insuficiente, contradictoria o inaccesible que impide a las comunidades comprender los alcances de los proyectos y los posibles daños que pueden ocasionar. Preocupa aún más que el contenido de este esfuerzo de documentación y análisis no dista demasiado del informe elaborado por la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en su visita a México.³⁴ En este último, ella documentó situaciones como “...restricciones al acceso a tierras y al uso tradicional de recursos naturales dentro de áreas protegidas decretadas en territorios indígenas sin previa consulta”,³⁵ y en el caso de megaproyectos, el hecho de que éstos “se realizan sin consulta previa, libre e informada y culturalmente adecuada sin la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas afec-

³¹ *Ibidem*, p. 79.

³² Gutiérrez, Rodrigo y Pozo, Edmundo del, *De la consulta a la libre determinación de los pueblos: informe sobre la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-DPLF-Fundar, 2019.

³³ *Ibidem*, p. 72.

³⁴ Stavenhagen, Rodolfo, “Report of the Special Rapporteur on the rights of indigenous peoples on her visit to Mexico”, ONU, Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas A/HRC/39/17/Add.2, 28 de junio de 2018

³⁵ *Ibidem*, párr. 27.

tados, incluso ante suspensiones judiciales”.³⁶ Por ello es que en el apartado de conclusiones y recomendaciones la Relatora apremia al Estado mexicano a 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.³⁷

El reto que surge frente a lo anterior es intentar aportar elementos que ayuden a comprender cuáles podrían ser las razones que están detrás de esta inmensa brecha que existe en México entre el reconocimiento del derecho a la consulta (con el desarrollo amplio y bastante preciso de su contenido) y su pésima implementación práctica. Frente a las múltiples hipótesis que se han trazado sobre ello, en este trabajo interesa volver a posicionar la idea de que ello está ocurriendo en importante medida debido a que la consulta es un derecho que surge de la matriz teórica del multiculturalismo, la cual no se hace cargo de las desigualdades de poder que existen entre los actores que participan en las consultas.³⁸ A diferencia del interculturalismo decolonial, que pugna por reconocer las asimetrías de poder económico, social, político, cultural que prevalecen en las sociedades latinoamericanas entre los diversos actores sociales que las conforman, el multiculturalismo de matriz liberal apuesta por un proyecto *blando* de la diferencia, pugnando por la universalidad de los derechos individuales en el marco de una “sociedad abierta”. Esta posición, que ha logrado gran difusión en el mundo académico, sumando adeptos en distintas latitudes, también ha servido como base teórica y argumentativa para soportar distintas instituciones, entre ellas el derecho a la consulta.³⁹

Como lo ha explicado Rodríguez Garavito, en el debate que se produjo en la adopción del Convenio 169 de la OIT, frente a la postura de muchos de los expertos que respaldaban la propuesta de asegurar que los pueblos pudieran ejercer la autodeterminación y tener el control sobre sus condi-

³⁶ *Ibidem*, párr. 30.

³⁷ *Ibidem*, párr. 106.

³⁸ Se trata de una idea desarrollada con solidez en Rodríguez Garavito, César, *Etnicidad. gov. Los recursos naturales los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, DeJusticia, 2011.

³⁹ *Ibidem*, p. 42.

ciones económicas y de vida, los delegados de los empleadores⁴⁰ objetaron dichos principios y se inclinaron por respaldar la idea de participación. Para resolver la controversia se recomendó una solución intermedia basada en un mecanismo procesal, de matriz multicultural, diseñado con el objetivo de abrir una discusión pública en el que pudieran estar presentes los representantes de los pueblos indígenas; aquella propuesta fue la que prefiguró el derecho a la consulta previa.⁴¹ Si esto es así y nos hacemos cargo —como lo han propuesto múltiples autores—⁴² de que el reconocimiento jurídico-político de distintos principios, derechos e instrumentos para el reconocimiento de la diferencia propuestos por el multiculturalismo, son absolutamente insuficientes para remover las estructuras de dominación, tenemos una posible explicación de las razones por las que la institución del derecho a la consulta no sólo no permite que los pueblos defiendan sus territorios, sino que en ocasiones se convierte en herramienta para legitimar aquellos proyectos económicos y de inversión que se imponen sobre sus territorios.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- 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*, Córdova, nueva época, núm. 8, 2012.
- DPLF y OXFAM, *Derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en América Latina. Avances, desafíos para su implementación en Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Guatemala y Perú*, Washington, DPLF, 2015.
- FRICK, K. T., “The Cost of the Technological Sublime: Daring Ingenuity and the New San Francisco-Oakland Bay Bridge”, en PRIEMUS, H. *et al.* (eds.), *Decision-Making on Mega-Projects: Cost-Benefit Analysis, Planning and Innovation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- GARZÓN LÓPEZ, Pedro, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016.

⁴⁰ Hay que recordar que los tres sectores que componen la OIT y cuyos delegados y expertos estuvieron presentes en las discusiones para elaborar y aprobar el Convenio, son los empleadores, los trabajadores y los Estados.

⁴¹ Rodríguez Garavito, César, *op. cit.*, p. 42.

⁴² Entre ellos, véase Garzón López, Pedro, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016 (los primeros dos capítulos).

- GUTIÉRREZ, Rodrigo y POZO, Edmundo del, *De la consulta a la libre determinación de los pueblos: informe sobre la implementación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-DPLF-Fundar, 2019.
- GUTIÉRREZ, Rodrigo, “Derecho a la consulta de los pueblos indígenas en México. un primer acercamiento”, *Repositorio Universitario Jurídicas*, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2564/28.pdf>.
- HARVEY, David, *El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión*, Socialist Register, 2004.
- RODRIGUEZ GARAVITO, César, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, DeJusticia, 2011.
- SVAMPA, Maristela, “Consenso de los *commodities*, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina”, *Osal*, año XIII, núm. 32, noviembre de 2012.