

Empresas y derechos humanos, la SCJN ordenó al Congreso de la Unión emitir una ley que regule el derecho de consulta previa de pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.

El presente escrito comprende tres apartados: el primero consiste en una introducción al tema; el segundo analiza la reciente determinación de la Suprema Corte de Justicia (SCJN) en materia de derecho a la consulta previa, y concluye con consideraciones sobre la materia y su impacto en las actividades empresariales.

I. ¿Qué es el Derecho a la Consulta?

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, prevé en su artículo sexto que es obligación de los gobiernos 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, estableciendo medios a través de los cuales puedan participar libremente en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

México ratificó dicho Convenio el 5 de septiembre de 1990, entrando en vigor un año después tras la publicación del decreto respectivo en el Diario Oficial, llevando a que enero de 1992, se realizara una reforma al párrafo segundo del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante la cual se reconoció el carácter pluricultural del país sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, y garantizando que la ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social así como el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado.

Posteriormente, se llevó a cabo la reforma constitucional en materia de derechos y cultura indígenas de 2001, mediante la cual los derechos de estas colectividades fueron reconocidos en el artículo 2º de la Constitución, lo que confirmó el reconocimiento del rasgo pluricultural del país y amplió la protección a este grupo al incorporar el reconocimiento del derecho a la libre determinación y autonomía de pueblos y comunidades indígenas, el establecimiento de la obligación estatal de desarrollar instituciones y determinar las políticas necesarias a fin de garantizar la vigencia de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y su desarrollo integral y, el más relevante, incorporó como obligación del Estado en el apartado B de este artículo, el derecho a que los pueblos originarios fueran consultados con el objeto de abatir las carencias y rezagos que afectan a estos.



Cabe destacar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, también ha definido ya el alcance y elementos de lo que se considera como consulta previa, libre e informada, determinando que los requisitos para garantizar dicho derecho son los siguientes¹:

- (i) La obligación de consultar es responsabilidad del Estado, por lo que la planificación y realización del proceso de consulta no puede delegarse en una empresa privada o en terceros;
- (ii) Involucramiento en todas las fases de planeación y desarrollo del proyecto, y no solo cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad;
- (iii) No debe haber coerción ni intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas por parte del Estado o de agentes o terceros que actúan con su autorización o aquiescencia;
- (iv) La consulta debe concebirse como un verdadero instrumento de participación y de buena fe, donde exista confianza mutua y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas;
- (v) Los procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos deben realizarse desde las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta; y
- (vi) El Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con las comunidades, según sus costumbres, tradiciones y métodos tradicionales de toma de decisiones.

En México, el derecho a la consulta, si bien está reconocido constitucionalmente, a la fecha no existe una ley federal o nacional en la materia, dicho derecho se encuentra dispersado en leyes especiales de distintas materias, como por ejemplo el artículo 119 de la Ley de la Industria Eléctrica, el 120 de la Ley de Hidrocarburos o 13 BIS 4, 14 BIS y 15 de la Ley de Aguas Nacionales.

II. La próxima Ley Nacional de Consulta Indígena

El 11 de junio de 2020, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el **Amparo Indirecto en Revisión 1144/2019**, mediante el cual determinó, que el poder Legislativo deberá consultar a todos los pueblos indígenas y afromexicanos del país, para elaborar posteriormente una Ley Nacional de Consulta Indígena.

El objeto principal de dicha ley, será normar en todo el país los procesos de consulta previa, libre e informada, así como culturalmente adecuada y de buena fe, a efecto de garantizar y proteger a los pueblos originarios de México, su derecho a ser consultados siempre que los poderes ejecutivos y legislativos emitan decisiones que puedan afectarles, tales como el otorgamiento de concesiones a particulares, permisos para la construcción o desarrollo de megaproyectos, o explotación de áreas y recursos naturales.

La controversia recientemente resuelta por la Corte, derivó de un caso en el que se reclamó la omisión del Congreso de la Unión de establecer una ley de consulta previa libre e informada, violaba sus derechos humanos, argumentando que el poder legislativo federal había incumplido con lo instruido en el segundo transitorio de la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001, el cual dispuso que tanto el Congreso de la Unión como las legislaturas estatales deben realizar las adecuaciones necesarias para reglamentar lo estipulado en la reforma.

¹ Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C, núm. 245.



En la sentencia, la Corte sostuvo que el derecho a la consulta se advierte de una interpretación de los artículos 1 y 2 de la Constitución Mexicana, así como 6 y 7 del Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Al respecto, la SCJN resolvió dos cuestiones principales, (i) iniciar el proceso legislativo correspondiente en el periodo de sesiones que se encuentre en curso o en el siguiente periodo ordinario, por conducto de la Cámara de Diputados o Senadores, y (ii) que para tal efecto, se deberá consultar a los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanos, de manera previa en la elaboración de la regulación respectiva, a fin de que la legislación tome en cuenta la opinión de estos, mediante un ejercicio participativo de los sujetos a los que se dirige y que con ello se garantice la calidad democrática de su decisión².

En consecuencia, determinó que las autoridades legislativas, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultar a los pueblos y comunidades indígenas antes de adoptar una acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, la cual debe ser previa, libre, informada, culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales, y de buena fe. Concluyó que el Congreso de Unión no había cumplido con su obligación de regular el procedimiento de consulta, advirtiendo una omisión legislativa desde la reforma constitucional del 14 de agosto de 2001, al no cumplirse lo dispuesto en el transitorio segundo, que instruyó a las legislaturas de los Estados a realizar las adecuaciones a las constituciones locales para reglamentar las reformas relativas al artículo 2º, apartado B, fracción IX, de la Constitución Federal, a efecto de institucionalizar y regular la consulta de los pueblos indígenas y afroamericanos.

Cabe destacar que, si bien los quejosos no mencionaron a los pueblos afroamericanos ya que la reforma del 2001 no lo contempló³, la SCJN consideró que dichos pueblos y/o comunidades se engloban en el concepto de “pueblo tribal” bajo el Convenio 169 en mención, entendidos como aquellos que no son indígenas u originarios de la región que habitan, pero que, al igual que ellos, comparten unas condiciones que los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional.

III. Consideraciones

La Corte al resolver el Amparo Indirecto en Revisión 1144/2019, obligó al Poder Legislativo Federal a emitir una Ley Nacional de Consulta Indígena, para lo cual obliga a una consulta previa a pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas a fin de que la legislación tome en cuenta la opinión de estos, mediante un ejercicio participativo de los sujetos a los que se dirige y que con ello se garantice la calidad democrática de su decisión, lo que necesariamente obligará al legislativo a desarrollar un protocolo para conducir esta consulta para la elaboración de la ley.

La emisión de la próxima Ley Nacional de Consulta Indígena estandarizará los procesos de consulta de todos aquellos proyectos que se desarrollen en territorios habitados por comunidades y poblaciones indígenas y/o afroamericanas, o bien, que impacten directa e indirectamente las actividades y vida de estas, por lo que la industria extractiva, energética, de infraestructura, hotelera, y cualquier otra que caiga en el supuesto, deberán adoptar la forma en como realizan sus actividades comerciales.

² Suprema Corte de Justicia de la Nación. Segunda Sala, Amparo en Revisión 1144/2019, p. 53.

³ El reconocimiento específico a los pueblos afrodescendientes en el texto constitucional mexicano como parte de la composición pluricultural de la Nación, fue hasta el 9 de agosto de 2019, tras una reforma constitucional realizada al artículo 2º mediante el cual se adicionó el apartado C del artículo. Disponible en la siguiente liga: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5567623&fecha=09/08/2019



Lo anterior cobra especial relevancia, toda vez que dichos procesos incorporarán necesariamente un grado de técnica y conocimiento en derechos humanos importante, ya que la materia de la ley versa sobre la protección de un derecho fundamental reconocido en México y en el derecho internacional, por lo que los asesores de empresa de las distintas industrias, necesariamente deberán actualizar su perfil profesional al incorporar en su práctica no sólo especialistas en el desarrollo de los proyectos, sino en prevenir riesgos asociados por eventuales violaciones a los derechos de las comunidades.

La jurisprudencia mexicana e internacional, han esbozado de manera suficiente los parámetros que la eventual Ley Nacional de Consulta Indígena debe seguir, entre éstas destacan, de manera genérica, que la estructura de ésta debería contener, por lo menos, las siguientes fases: (i) pre-consultiva, (ii) informativa de entrega de información y difusión del proceso de consulta, (iii) deliberación interna, (iv) diálogo entre los representantes del Estado y representantes de los pueblos originarios y afroamericanos, en su caso, (v) decisión, comunicación de resultados y entrega de dictamen.

Asimismo, es menester enfatizar que el mayor aporte de la reciente resolución de la SCJN, radica en que ratifica que la consulta previa es un derecho de carácter colectivo que debe responder al principio de buena fe y debe ser realizada antes de la toma de cualquier decisión que afecte a las comunidades y pueblos, debiendo realizarse a través de un proceso de carácter público, especial y obligatorio garantizando el debido proceso, bajo los principios de oportunidad, comunicación intercultural y bilingüismo.

Se anticipa que la próxima Ley Nacional de Consulta Indígena, tendrá como efecto inmediato que la adopción de medidas administrativas, legislativas o cualquier decisión sobre proyectos que puedan afectar a una comunidad, estará condicionada a los resultados de la consulta, cuyo proceso además deberá garantizar el acceso a la información, debiendo proporcionarse ésta de manera clara, veraz y, sobre todo, oportuna, de lo contrario, la propia consulta podría invalidarse y, por consiguiente, podría comprometer la viabilidad y continuidad de aquellos proyectos que vulneren dicho derecho.

ECIJA México, S.C.

Ricardo Chacón López-Velarde
(rchacon@ecija.com)

Alejandro Linares Carballo
(alinares@ecija.com)

Adalberto Méndez López
(amendez@ecija.com)

Jennifer Hamed Kassian
(jhamed@ecija.com)