

SEGOB  
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN



CONSEJO NACIONAL PARA  
PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN



TOMO IX



**DERECHO A LA CONSULTA  
DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES  
INDÍGENAS Y AFROMEXICANAS  
EN TORNO A PROYECTOS DE  
DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN  
DE RECURSOS NATURALES**

• COLECCIÓN •  
LEGISLAR SIN  
DISCRIMINACIÓN

**SEGOB**  
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN



**CONSEJO NACIONAL PARA  
PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN**



# DIRECTORIO

## **Secretaría de Gobernación**

Miguel Ángel Osorio Chong  
SECRETARIO

## **Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación**

Alexandra Haas Paciuc  
PRESIDENTA

## **Junta de Gobierno**

Representantes del  
PODER EJECUTIVO FEDERAL

Roberto Rafael Campa Cifrián  
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

Fernando Galindo Favela  
SECRETARÍA DE HACIENDA  
Y CRÉDITO PÚBLICO

Pablo Antonio Kuri Morales  
SECRETARÍA DE SALUD

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

José Adán Ignacio Rubí Salazar  
SECRETARÍA DEL TRABAJO  
Y PREVISIÓN SOCIAL

Antonio Francisco Aztiazarán Gutiérrez  
SECRETARÍA DE DESARROLLO SOCIAL

María Marcela Eternod Aramburu  
INSTITUTO NACIONAL DE LA MUJER

*Representantes designados  
por la Asamblea Consultiva*

Mauricio Merino Huerta  
Santiago Corcuera Cabezut  
Clara Jusidman Rapoport  
Luis Perelman Javnozov  
Juan Martín Pérez García  
Ricardo Raphael de la Madrid  
Gabriela Warkentin de la Mora

*Instituciones invitadas*

Mercedes Juan López  
CONSEJO NACIONAL PARA EL DESARROLLO  
E INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON  
DISCAPACIDAD

José Manuel Romero Coello  
INSTITUTO MEXICANO DE LA JUVENTUD

Aracely Escalante Jasso  
INSTITUTO NACIONAL DE LAS PERSONAS  
ADULTAS MAYORES

Patricia Uribe Zúñiga  
CENTRO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN  
Y EL CONTROL DEL VIH/SIDA

Ardelio Vargas Fosado  
INSTITUTO NACIONAL DE MIGRACIÓN

Laura Vargas Carrillo  
SISTEMA NACIONAL PARA EL DESARROLLO  
INTEGRAL DE LA FAMILIA

Manuel Galán Jiménez  
Sergio Federico Gudiño Valencia  
SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

## **Asamblea Consultiva**

Mauricio Merino Huerta  
**Presidente**

Elena Azaola Garrido  
Santiago Corcuera Cabezut  
Sarah Corona Berkin  
Katia D'Artigues Beauregard  
Rogelio Alberto Gómez-Hermosillo Marín  
Clara Jusidman Rapoport  
Marta Lamas Encabo  
Esteban Moctezuma Barragán  
Rebeca Montemayor López  
José Antonio Peña Merino  
Luis Perelman Javnozov  
Juan Martín Pérez García  
Jaqueline Peshard Mariscal  
Alejandro Ramírez Magaña  
Ricardo Raphael de la Madrid  
Pedro Salazar Ugarte  
Tiaré Scanda Flores Coto  
Regina Tamés Noriega  
Gabriela Warkentin de la Mora

# DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROMEXICANAS EN TORNO A PROYECTOS DE DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES

TOMO IX

• COLECCIÓN •  
LEGISLAR SIN  
DISCRIMINACIÓN

SEGOB  
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN



CONSEJO NACIONAL PARA  
PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN



**Desarrollo de contenidos:**

Irasema Yazmín Zavaleta Villalpando, Sonia Río Freije  
Sara Ixhel Antillón Esparza, Mauricio Ernesto Ramírez Gracia  
Iván García Gárate, Omar Bernardo Ojeda López  
Julia Marcela Suárez Cabrera, Fátima Mendoza Arroyo y  
Ricardo J. Sepúlveda Iguíniz

**Coordinación editorial:**

Génesis Ruiz Cota

**Cuidado de la edición:**

Armando Rodríguez Briseño

**Diseño:**

Génesis Ruiz Cota

**Formación:**

Karla María Estrada Hernández

**Fotografía:**

Antonio Saavedra

Primera edición: julio de 2016.

© 2016. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación

Dante 14, col. Anzures,

del. Miguel Hidalgo,

11590, México, D. F.

[www.conapred.org.mx](http://www.conapred.org.mx)

ISBN: 978-607-7514-78-7 (Colección Legislar sin Discriminación)

ISBN: 978-607-8418-21-3 (Derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas en torno a proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales)

Se permite la reproducción total o parcial del material incluido en esta obra, previa autorización por escrito de la institución.

Ejemplar gratuito. Prohibida su venta.

Impreso en México. *Printed in Mexico*

## Presentación

El reconocimiento universal del goce de todos los derechos humanos a toda persona en México, respaldado por nuestra Constitución y por los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado mexicano es parte, proporciona un instrumento y un campo de acción que detona procesos, retos y rutas para mejorar las condiciones de igualdad de oportunidades para todas las personas, como reconocimiento emanado de la reforma al artículo 1 constitucional (10 de junio de 2011).

Como se observa en los resultados de las encuestas nacionales sobre discriminación en México (Enadis) de 2005 y 2010, nuestra nación sigue enfrentando múltiples desafíos y problemáticas sociales. Hoy, sin embargo, la reforma en materia de derechos humanos nos alienta a dar un gran salto para afirmar y fortalecer efectivamente los marcos y medidas legales, políticas e institucionales existentes, a fin de lograr un país más igualitario, con un Estado que respete, promueva y garantice con efectividad el goce y ejercicio de los derechos humanos de la población mexicana, sin ningún tipo de discriminación.

El derecho a la no discriminación se desprende del principio de igualdad y está reconocido en el artículo 1, párrafo quinto, de la Constitución, y en diversas cláusulas antidiscriminatorias contenidas en los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Está incorporado también en el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), así como en diversas legislaciones locales que combaten la discriminación y en otros ordenamientos legales.

Sin embargo, la incorporación del principio de igualdad y la prohibición de la discriminación en ciertos ordenamientos no es suficiente para prevenir y eliminar, de hecho y de derecho, la discriminación en México. Durante el desempeño de nuestro trabajo institucional, hemos identificado que es vital actualizar y armonizar la legislación vigente, con el fin de darle un sentido

más incluyente, contribuyendo así al desarrollo social del país, además de procurar y atender las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en el tema de derechos humanos.

En atención a dichas obligaciones, en el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), cumpliendo con sus funciones de institución especializada en velar por el derecho a la no discriminación, nos dimos a la tarea de investigar diversos temas relacionados con este derecho, para identificar debilidades y áreas de oportunidad en materia legislativa, con el fin de coadyuvar a su mejoramiento y armonización en pro de la igualdad y no discriminación.

Con esto en mente, el Conapred creó la colección *Legislar sin Discriminación*, que presenta una investigación con un rol propositivo, dirigida sobre todo al público relacionado con el quehacer legislativo, con el fin de atender la necesidad de dicha armonización legislativa, encaminada, como consecuencia de la multicitada reforma constitucional, a alentar, desarrollar y lograr acuerdos que lleguen a traducirse en beneficios sociales.

Uno de los pasos a seguir para alcanzar la igualdad de trato, de oportunidades, de protección y de capacidad, es visibilizar a los grupos en situación de discriminación, identificando la problemática que enfrentan con respecto al acceso a los diferentes derechos humanos, mismos que han sido o pueden ser restringidos por tratos desiguales en condiciones iguales, o tratos iguales en condiciones desiguales.

A raíz de esta investigación fue posible llegar a conclusiones concretas sobre qué se necesita reformar o incorporar en la legislación nacional, con base en el conjunto de obligaciones de las autoridades, en el marco de sus atribuciones, para que efectivamente promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de todas las personas, en conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Esperamos que esta colección sea una herramienta eficaz para prevenir y eliminar la discriminación en el espíritu y sintonía de nuestra legislación nacional. Fue elaborada, con dedicación y

empeño, sobre la base de argumentos razonados y cuestionados, con la finalidad de hacer realidad los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos, con miras a que nuestro país se transforme en una sociedad de derechos.

**Consejo Nacional para  
Prevenir la Discriminación**





## Introducción general

En virtud de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) se creó el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), órgano federal del Estado mexicano que tiene por objeto llevar a cabo acciones para prevenir y eliminar la discriminación en nuestro país, así como formular y promover políticas públicas para la igualdad de oportunidades y de trato a favor de las personas que se encuentren en el territorio nacional.

En ese sentido, entre las atribuciones que tiene el Conapred está efectuar, fomentar, coordinar y difundir estudios e investigaciones relacionados con la materia, la realización de opiniones sobre propuestas de reforma a ordenamientos jurídicos y disposiciones normativas y administrativas vigentes, y sobre las consultas que, relacionadas con el derecho a la no discriminación, se le formulen, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 17, fracción II, y 20, fracciones XLIX, L, LI, de la LFPED y en las disposiciones respectivas del Estatuto Orgánico del Conapred.

En el ejercicio de esas funciones, el Conapred ha identificado diversas iniciativas de ley o de reforma, así como legislaciones vigentes, que contienen directa o indirectamente aspectos discriminatorios que afectan a ciertas personas, individual o colectivamente. Asimismo, ha detectado problemas de técnica legislativa que inadvertidamente agravan la situación, como el uso de lenguaje sexista o la ausencia de una perspectiva de género, lo cual los convierte en elementos que generan discriminación o perpetúan la ya existente, vulnerando y violando derechos y libertades de la población en el territorio nacional. Esto ocurre debido a la incapacidad para reconocer la comisión de actos discriminatorios que, de manera consciente o inconsciente, se llevan a cabo cotidianamente, repitiendo patrones de exclusión y estigmatización. Muchos de esos actos son resultado de la falta de armonización con los estándares internacionales en materia de igualdad, no discriminación y derechos humanos, situación que produce retrocesos legislativos en México.

En razón de ello, el Conapred considera necesario el análisis de diversas temáticas vinculadas con el derecho a la igualdad y no discriminación, con la finalidad de desarrollar propuestas que promuevan la eliminación de contenidos discriminatorios en el ámbito legislativo y permitan atender las necesidades principales de los grupos en situación de discriminación, así como proteger sus derechos de que la igualdad y no discriminación se presente como un eje transversal en cada uno de los proyectos que sean sometidos a la consideración del Congreso de la Unión y los Congresos estatales, y su realización forme parte del proceso de armonización legislativa derivada de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011.

A la par de dicho análisis, se han generado lineamientos o criterios que, sin pretender su obligatoriedad, pueden servir como guía o manual de uso en las actividades parlamentarias para incorporar la perspectiva de igualdad y no discriminación en toda la legislación nacional.

Este estudio se diseñó con el objetivo de aportar a las personas involucradas directa o indirectamente en el quehacer legislativo elementos que permitan:

- › Aclarar cuestiones conceptuales de la perspectiva de igualdad y no discriminación, desde una visión general y su relación con la denominada legislación antidiscriminatoria, mediante la exposición de temas específicos de interés que abarcan varios derechos y grupos de población.
- › Identificar las tareas pendientes en el ámbito legislativo para legislar desde esta perspectiva.
- › Armonizar la legislación con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, igualdad y no discriminación.
- › Aportar un método de análisis que incorpore elementos del derecho internacional, los derechos humanos y el derecho comparado.

- › Fundamentar las exposiciones de motivos de iniciativas de ley o de reforma legislativa con base en los instrumentos internacionales aplicables.
- › Servir de base para la discusión con grupos interesados y/o afectados por las iniciativas.
- › Fundamentar la redacción concreta de las iniciativas.

Para facilitar la consulta de los resultados de este trabajo, se decidió publicarlos como una colección, cuyo primer tomo se centra en aspectos conceptuales y el actuar legislativo en materia de igualdad y no discriminación; los demás tomos tratan diversas temáticas de interés que, por su naturaleza estructural, se relacionan con conductas o actos de discriminación que violan diversos derechos y afectan a distintos grupos de población. Cada uno tiene diferentes niveles de profundidad y detalle; dependiendo de los contenidos, se desarrollan siguiendo una misma metodología y ampliando el análisis tanto como sea necesario. Los temas tratados en esta colección fueron seleccionados a partir de la experiencia en el combate a la discriminación que el Conapred ha realizado a través de los años. Gracias a ello se han identificado situaciones estructurales en el funcionamiento del Estado que generan actos discriminatorios que afectan a mujeres y grupos de población, y vulneran el disfrute de diversos derechos humanos en igualdad de condiciones.

En cada uno de los tomos se siguió una cuidadosa estructura de contenidos que fue conducida a través de un método de investigación homogéneo. Esto se aprecia progresivamente, primero, al observar que cada tomo inicia con una introducción temática, que contiene una explicación de las problemáticas específicas dentro de la diversidad de situaciones de discriminación. Posteriormente, se expone un marco de referencia básica con fundamentos teóricos y legales de la igualdad y no discriminación, que servirán de base, conforme al tema estudiado, para la transversalización de esta perspectiva en el quehacer legislativo. Una vez planteadas las bases teóricas, se lleva a cabo el desarrollo del diagnóstico de derechos siguiendo el método comparativo,

que consiste en identificar un modelo normativo óptimo, integrado, en esencia, por estándares internacionales ya establecidos, para después compararlo con el modelo normativo vigente, surgido del análisis de la legislación existente en el momento de realizar dicho análisis (este método se explica con mayor precisión en el primer tomo de esta colección). Finalmente, a modo de cierre y de toma de determinaciones, se exponen conclusiones y propuestas con trascendencia e impacto en la promoción, respeto, protección y garantía del derecho a la igualdad y no discriminación, con la finalidad de que sean consideradas efectivamente por las personas legisladoras en su actuar legislativo.



# **NOCIONES BÁSICAS Y RECOMENDACIONES**



## **Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación<sup>1</sup>**

En este capítulo se hará un breve recuento de los conceptos y obligaciones relacionados con la temática de la igualdad y no discriminación, con énfasis especial en los instrumentos internacionales aplicables y su interpretación, para posteriormente plantear la naturaleza de ambos conceptos, la definición de discriminación, los motivos prohibidos y los tipos de discriminación existentes, las obligaciones del Estado mexicano en relación con el tema, las generalidades sobre la relación de los estereotipos, prejuicios y estigmas, la igualdad de trato y una explicación breve acerca de los principales elementos de las medidas positivas.

Este recuento tiene la finalidad de dar un panorama general de los criterios internacionales vigentes que puede orientar el actuar legislativo, desde el diseño de cada iniciativa, a fin de facilitar la incorporación de la perspectiva de igualdad y no discriminación en las leyes.

### **Naturaleza de la igualdad y no discriminación**

La no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de todos los derechos.<sup>2</sup> La igualdad y no discriminación son los conceptos referidos con mayor frecuencia en el derecho internacional de los derechos humanos, ya que los actos discriminatorios atentan contra la dignidad de las personas y provocan una profunda afectación individual y social.

<sup>1</sup> Este apartado es un resumen del texto que aparece con el mismo título en *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo 1 de esta colección. La bibliografía de este apartado puede consultarse en dicho tomo.

<sup>2</sup> ONU, *Observación General No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. Ginebra, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/GC/20, 2 de julio de 2009, párrafo 2.



Esto obedece a que, además de ser un derecho en específico, la no discriminación es un principio –por lo tanto, transversal– de aplicación de las normas de derechos humanos.

Cabe aclarar que a pesar de esta conceptualización, los derechos de igualdad y no discriminación no están considerados ni definidos de manera única y unificada en todas las fuentes del derecho internacional, lo cual implica que las autoridades de nuestro país deben ser conocedoras del amplio bagaje internacional que ahora conforma, en el mismo nivel que la Constitución. Además, ello posibilita a las autoridades para que se alleguen de los elementos del derecho internacional que le puedan otorgar una mayor protección a la persona.

El derecho a la igualdad y no discriminación protege la dignidad misma del ser humano y permite la integración y cohesión sociales, para favorecer el libre y pleno ejercicio de los demás derechos humanos. Este derecho se ha interpretado como autónomo y subordinado o vinculado.

- ▶ *Como derecho autónomo*, pues se considera que está garantizado en sí mismo y no meramente en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad.
- ▶ *Como derecho subordinado o vinculado*, ya que existen disposiciones de derecho internacional<sup>3</sup> que prohíben la discriminación en el contexto de los derechos y libertades incluidos en otros artículos de los instrumentos que prevén la cláusula antidiscriminatoria.

Al ser definida la igualdad y no discriminación como principio, se comprueba su cualidad transversal y absoluta. Prueba de ello es que en el marco jurídico internacional de derechos humanos, está plasmado en los primeros artículos de todos los tra-

<sup>3</sup> Como el artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y el artículo 2(1) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

tados y acuerdos internacionales de derechos humanos y en los preámbulos de todas las declaraciones y resoluciones relevantes en temas de derechos humanos, gobernabilidad y relaciones entre Estados, naciones y pueblos.

La igualdad y la no discriminación son principios *ius cogens*, es decir, son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional como normas que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.<sup>4</sup>

Nuestro derecho interno incluye una cláusula antidiscriminatoria en el párrafo quinto del artículo 1 constitucional –modificado en la reforma de derechos humanos de junio de 2011–, la cual dispone:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

A partir de la reforma de junio de 2011, la descripción de este principio será más completa, puesto que se podrá atender a lo dispuesto en los tratados internacionales para satisfacer las lagunas o las imprecisiones del derecho interno, atendiendo a que actualmente, por la cantidad de instrumentos de derechos humanos, es posible hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.<sup>5</sup>

En este sentido, “existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el prin-

<sup>4</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva No. 18. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. OC-18/03, del 17 de septiembre de 2003, párrafo 101.

<sup>5</sup> Carlos Villán Durán. *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*. Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 y ss.

cipio de igualdad y no discriminación. Los Estados parte están obligados a respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades sin discriminación alguna”.<sup>6</sup>

## **Definición de discriminación y motivos prohibidos**

El concepto de discriminación no ha sido definido de manera general en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, ni en los pactos de la ONU o la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), no obstante, sí se han generado definiciones de la discriminación a partir de la interpretación de los tratados realizada por los organismos internacionales. Un ejemplo muy puntual de dicha interpretación es la que pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC), que señala que por discriminación

se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto.<sup>7</sup> La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva No. 18, op. cit.*, párrafo 85.

<sup>7</sup> Definiciones similares figuran en el artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Comité de Derechos Humanos hace una interpretación parecida en su *Observación General No. 18* [párrafos 6 y 7], y ha adoptado posiciones similares en observaciones generales anteriores.

<sup>8</sup> ONU, *Observación General No. 20, op. cit.*, párrafo 7.

La LFPED la define de la manera siguiente:

Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo;

También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia;

## **Tipos de discriminación**

El Comité DESC plantea diversos tipos de discriminación que deben combatirse a fin de que los Estados parte puedan garantizar el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>9</sup> Por lo

<sup>9</sup> Aunque la interpretación del Comité DESC sólo se relaciona con este Pacto, se considera que estos tipos de discriminación son de aplicación generalizada, y por lo tanto se incluyen en este capítulo para aportar herramientas de identificación de discriminación en la legislación.

que es necesario considerar que hay discriminación que afecta tanto la forma como el fondo de la masa de derechos. A continuación se enuncian ambas, junto con acciones para eliminarlas:<sup>10</sup>

- a) *Discriminación formal*. Para erradicarla es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos.
- b) *Discriminación sustantiva*. Para eliminar la discriminación de grupos o personas que sufren injusticias históricas y/o persistentes, se deben adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto.

También es importante señalar que hay formas directas e indirectas de trato diferenciado que constituyen discriminación, como se aprecia en los incisos siguientes:

- a) *Discriminación directa*. Es cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación.
- b) *Discriminación indirecta*. Hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación.

El Comité DESC también distingue la *discriminación sistémica*, que es un tipo de discriminación contra algunos grupos y que subsiste, es omnipresente y está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad; la cual a menudo implica actos de discriminación indirecta.

<sup>10</sup> Este apartado retoma casi literalmente lo planteado en la *Observación General No. 20, op. cit.*, párrafos 8 y 10.

Todos estos tipos de discriminación están presentes en el sistema legal vigente, mismos que han sido identificados por el Conapred a través del desempeño de sus atribuciones, lo cual será materia de análisis en los diferentes tomos temáticos de este estudio.

## **Estereotipos, prejuicios y estigmas**

Para abonar al análisis del Comité DESC, cabe incluir una breve explicación sobre estereotipos, prejuicios y estigmas y su relación con la discriminación.

La discriminación, desde el punto de vista sociológico, ha sido considerada como una conducta de desprecio causada por prejuicios y estigmas, en relaciones de carácter inequitativo y asimétrico, que afecta derechos.

La discriminación es una conducta, culturalmente fundada y socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de prejuicios o estigmas relacionados con una desventaja inmerecida, y que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales, así como su acceso a las oportunidades socialmente relevantes de su ambiente social.<sup>11</sup>

La discriminación tiene que ver, entre otros aspectos, con un fenómeno de naturaleza cultural, que halla sus fuentes en los estereotipos. Éstos se definen como una visión generalizada o preconcebida de actitudes o características que poseen las personas integrantes de un grupo social particular o los roles que realizan o deben realizar. La imposición de roles y la visión preconcebida

<sup>11</sup> Jesús Rodríguez Zepeda, *Iguals y diferentes. La discriminación y los retos de la democracia incluyente*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 56.

dañan la idea de individualidad de las personas y las obstaculiza para poder manifestar otros caracteres o roles que tengan deseos de realizar. Para su análisis, se consideran dos clases de estereotipos:<sup>12</sup>

- a) *Estereotipos descriptivos*, que dibujan cómo es una persona de determinado grupo y le asignan diferencias para poder saber quién es el otro. Estos estereotipos no son necesariamente transgresores del derecho a la igualdad y no discriminación.
- b) *Estereotipos prescriptivos u hostiles*, que pretenden establecer cómo debe comportarse y qué rol debe cumplir la persona que pertenece a este grupo, ya sea a través de normas (jurídicas, morales y/o sociales) y a través del rechazo u hostilidad si no se cumplen.

Para finalizar lo enunciado en este apartado, cabe mencionar que los estereotipos pueden ser de sexo, género<sup>13</sup> o compuestos (mezcla de dos o más categorías estereotípicas). En estos casos la asignación de roles suele depender de todas esas categorías.<sup>14</sup>

## **Obligaciones del Estado en relación con la igualdad y no discriminación**

Se especifican tres tipos de obligaciones generales de los Estados:

- a) *Respetar* los derechos humanos.
- b) *Proteger* los derechos humanos.
- c) *Garantizar* los derechos humanos.

<sup>12</sup> Rebecca J. Cook y Simone Cusack, *Gender Stereotyping. Transnational Legal Perspectives*. Filadelfia, University of Pennsylvania Press, 2010, p. 12 [traducción propia].

<sup>13</sup> Un estereotipo de género se refiere a la precomprensión del rol que una persona debe desempeñar atendiendo a su sexo.

<sup>14</sup> Rebecca Cook y Simone Cusack, *op. cit.*, p. 12.

El Comité DESC, en su *Observación General No. 20*, menciona que para dar cumplimiento a la obligación de garantizar el disfrute de derechos en pie de igualdad, es indispensable la aprobación de leyes y, por lo tanto, los Estados partes deben adoptar una legislación que prohíba expresamente la discriminación. Dicha legislación debe tener por fin eliminar la discriminación formal y sustantiva, atribuir obligaciones a los actores públicos y privados y abarcar los motivos prohibidos de discriminación. También deben revisarse periódicamente, y modificarse en caso necesario, las demás leyes, para asegurarse de que no discriminen, ni formal ni sustantivamente, en relación con el ejercicio y el goce de los derechos.<sup>15</sup>

## **Igualdad de trato e igualdad de oportunidades**

La *igualdad de trato* equivale a la eliminación de las distinciones o exclusiones moralmente arbitrarias que están prohibidas por el principio de igualdad y no discriminación. Obliga a dispensar a todas las personas un trato similar o equivalente con la finalidad de atajar las diferencias que genera la discriminación.<sup>16</sup>

Por lo que, en principio, no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos; sin embargo, ciertas distinciones pueden estar justificadas para dar preferencia a determinados sectores desfavorecidos de la población. En ese sentido, el Comité de Derechos Humanos de la ONU: “observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales]”.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> ONU, *Observación General No. 20*, op. cit., párrafo 37.

<sup>16</sup> Jesús Rodríguez Zepeda, op. cit., p. 85.

<sup>17</sup> ONU, *Observación General No. 20*, op. cit., párrafo 13.



El mismo organismo indica que debe aplicarse el principio de igualdad de oportunidades en el sentido de que “hay que tratar desigual a los desiguales, para convertirlos en iguales”.<sup>18</sup>

Por su parte, la Corte IDH diferencia los términos *distinción* y *discriminación*: emplea *distinción* para lo admisible, cuando es “razonable, proporcional y objetivo”, y utiliza *discriminación* para hacer referencia a una “distinción inadmisibles que vulnera los derechos humanos”.<sup>19</sup>

De tal manera que sólo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación proporcional, objetiva y razonable.<sup>20</sup>

## Medidas positivas o especiales

Los instrumentos internacionales establecen claramente que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias o bien para corregir la discriminación de hecho.<sup>21</sup>

Para entender a qué hacen referencia estas medidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) ha explicado que pueden abarcar una amplia gama de instrumentos, políticas y prácticas de índole legislativa, ejecutiva, administrativa y reglamentaria,<sup>22</sup> que su carácter “especial” recae en que son medidas destinadas a alcanzar un objetivo específico

<sup>18</sup> Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02*, del 28 de agosto de 2002.

<sup>19</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, *op. cit.*, párrafo 84.

<sup>20</sup> Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-4/84. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. 19 de enero de 1984, párrafo 56.

<sup>21</sup> En este sentido ver: Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-18/03*, *op. cit.*, párrafo 104; ONU, *Observación General No. 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, No discriminación*. Ginebra, 37 periodo de sesiones, U. N. Doc. HR/GEN/1/Rev. 7 at 168, 1989, párrafos 5 y 18.

<sup>22</sup> “Como pueden ser los programas de divulgación o apoyo; la asignación o reasignación de recursos; el trato preferencial; la determinación de metas en materia de contratación y promoción; los objetivos cuantitativos relacionados con plazos

y son temporales porque deben estar creadas para la solución de un problema concreto y deben suspenderse cuando los resultados deseados se hayan logrado y, además, se hayan mantenido durante un tiempo. El término temporal no significa que el resultado final se fije a partir de un plazo determinado, sino de un fin específico.<sup>23</sup>

Al analizar qué medidas son las más adecuadas para lograr la igualdad sustantiva, los Estados deben considerar y evaluar el ámbito específico del grupo al que van dirigidas (esto implica la situación real de la vida de la persona, así como el contexto nacional); las posibles repercusiones de dichas medidas respecto al objetivo concreto que busca lograrse considerando el contexto nacional, y su relación con medidas de carácter general que abonen a ese propósito. Para entender el contexto específico del grupo al que van dirigidas tales medidas, deben considerarse también las condiciones que influyen o conforman su vida y sus oportunidades o del grupo y las formas de discriminación múltiple a las que pueden ser objeto.<sup>24</sup>

Finalmente, cabe resaltar que es obligación de las autoridades del Estado mexicano identificar las necesidades específicas de la sociedad para retomar aquellos aspectos considerados en las recomendaciones internacionales que sirvan para legislar y, posteriormente, poner en marcha las medidas positivas que respondan de la mejor manera a la realidad mexicana y a sus desigualdades.

determinados; y los sistemas de cuotas". ONU, *Recomendación General No. 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º periodo de sesiones, 1999, párrafo 22.

<sup>23</sup> *Ibid.*, párrafos 20, 21 y 22.

<sup>24</sup> *Ibid.*, párrafo 27.

## Recomendaciones para legislar con perspectiva de no discriminación y derechos humanos<sup>25</sup>

Entre las responsabilidades que tiene encomendadas el Conapred, se encuentra realizar opiniones sobre propuestas de reforma a ordenamientos jurídicos relacionadas con la igualdad y no discriminación, así como proponer las modificaciones que sean acordes con la garantía y respeto del derecho a ambos.<sup>26</sup>

En ejercicio de sus atribuciones, este Consejo, además de identificar iniciativas de ley o de reformas que resultan discriminatorias, ha detectado una serie de inconsistencias en la técnica legislativa, mismas que aplican tanto a la forma como al contenido de las propuestas jurídicas, que de manera inadvertida y en la mayoría de las ocasiones se convierten en elementos que generan discriminación o perpetúan la ya existente, como lo es el uso de lenguaje sexista o la ausencia de una perspectiva de género.

En razón de ello, el Conapred, con más de diez años de experiencia en la materia, se ha dado a la tarea de identificar las fallas más frecuentes que se cometen en la redacción de los textos legislativos, en la legislación vigente, las iniciativas o los dictámenes de ley, analizando tanto la parte de exposición de motivos y considerando, como la sección propositiva de las modificaciones. Esto con el objetivo de aportar una serie de recomendaciones o lineamientos, que, sin el afán de pretender su obligatoriedad, puedan aportar una guía a las personas responsables de presentar iniciativas de ley o de reforma –aun cuando éstas no traten de forma explícita el derecho a la igualdad y no discriminación–, a fin de que elaboren sus proyectos desde una perspectiva antidiscriminatoria.

<sup>25</sup> Este apartado es un resumen del texto que aparece con el mismo título en *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de esta colección.

<sup>26</sup> De acuerdo con lo previsto en el artículo 20, fracciones L y LI, de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), así como en el artículo 39, fracciones IV y IX, del Estatuto Orgánico del Conapred.

En los diversos tomos que conforman la colección Legislar sin Discriminación, se detalla cómo las recomendaciones señaladas en esta sección pueden aplicarse en casos concretos.

---

**RECOMENDACIÓN 1:** Legislar para transversalizar la perspectiva de no discriminación y de derechos humanos.

---

En virtud del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas en el territorio nacional, sin discriminación alguna, son titulares de todos los derechos humanos reconocidos por ella y por los tratados internacionales en la materia ratificados por México.<sup>27</sup>

En ese sentido, el Poder Legislativo debe desarrollar sus funciones desde una perspectiva transversal que permita proteger, garantizar y respetar la igualdad y no discriminación así como los derechos humanos que gozan todas las personas (ver el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación” para más detalles sobre estos conceptos).

En relación con la transversalización de los derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) ha señalado que “los derechos humanos deben impregnar por completo la actividad parlamentaria. Dentro de su esfera de competencia, cada comité parlamentario debe tener sistemáticamente en consideración los derechos humanos y evaluar las repercusiones de proyectos de ley y otras propuestas de normas jurídicas para el disfrute de los derechos humanos de la población”.<sup>28</sup>

Por consiguiente, la actividad legislativa debe buscar como fin la garantía, protección y respeto a los derechos humanos sin discriminación alguna, teniendo presente que las propuestas de

<sup>27</sup> De acuerdo con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

<sup>28</sup> OACNUDH/UIP, *Derechos humanos. Manual para parlamentarios (No. 8)*. Carrouge (Suiza), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos / Unión Interparlamentaria, 2005, p. 69.

ley o reforma, en el caso de las legislaciones que abordan la circunstancia de un grupo en situación de discriminación<sup>29</sup> en particular, deben elaborarse tomando en cuenta no sólo un enfoque integral de derechos,<sup>30</sup> sino también la situación particular que enfrentan o viven esas personas, con la finalidad de identificar los principales problemas y obstáculos que tienen para el ejercicio de sus derechos.

A partir del desarrollo de las atribuciones del Conapred, se ha detectado que en las iniciativas de ley o reforma en algunas ocasiones las y los legisladores utilizan un tipo de discurso que, en lugar de enfatizar el reconocimiento de derechos, parece propio de una política asistencialista, lo que conlleva a que ciertos grupos en situación de discriminación sean vistos más como sujetos de protección por parte del Estado mexicano que como titulares de derechos, legislando sin que se atiendan los problemas a los que efectivamente se enfrentan o los derechos que tradicionalmente les son violentados.

<sup>29</sup> Mujeres; niñas, niños y adolescentes; personas con discapacidad; personas migrantes; personas adultas mayores; pueblos y comunidades indígenas; trabajadoras del hogar; jornaleros agrícolas; población LGTBTTI (lésbico, gay, bisexual, travesti, transgénero, transexual e intersex), por citar algunos grupos.

<sup>30</sup> Es decir, que se consideren todos los derechos y no algunos específicos, ya que en ocasiones parece que por pertenecer a cierto grupo en situación de discriminación, únicamente se les reconocen los derechos más emblemáticos o significativos para ese colectivo, dejando de lado o sin reconocimiento al resto de derechos; por ejemplo: para las personas con discapacidad, los derechos más destacados son los de la accesibilidad y la salud, olvidándose de otros que fomentan su participación plena y efectiva en la sociedad como el derecho al trabajo, los derechos políticos, el derecho a la educación, por mencionar sólo algunos, y en el caso de las mujeres, tradicionalmente se enfocan a reconocerles el derecho a la igualdad y a una vida libre de violencia.

---

**RECOMENDACIÓN 2:** Conocer y contextualizar las obligaciones señaladas en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

---

Como resultado de las obligaciones derivadas de la reforma al artículo 1° constitucional, es fundamental que las y los legisladores tengan conocimiento de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos a los que el Estado mexicano se ha vinculado. Esto con el objetivo de que los mismos sean aplicados en el actuar legislativo como fundamento de la exposición de motivos de iniciativas y consideraciones de dictámenes, así como para incorporar su contenido directamente en la parte propositiva de las reformas.

Un siguiente paso consiste en contextualizar las obligaciones internacionales con la situación concreta de nuestro país, ya que un “principio básico del derecho internacional es que los Estados partes en un tratado internacional deben hacer que su propia legislación y sus prácticas nacionales sean coherentes con lo que dispone el tratado”.<sup>31</sup>

Para lograr esto, existe un amplio andamiaje de derecho internacional de derechos humanos que deriva de las distintas disposiciones internacionales<sup>32</sup> en la materia, generadas por organismos del Sistema Universal (ONU) y del Sistema Regional (OEA), que es materia básica para la armonización legislativa.

Además de utilizar como base los contenidos de los tratados internacionales y regionales ratificados por México (referidos en el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación”), se sugiere consultar los documentos, informes, estudios e investigaciones elaborados y emitidos por diversos mecanismos creados dentro de los organismos internacionales y regionales para el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de los diversos ins-

<sup>31</sup> OACNUDH et al., *De la exclusión a la igualdad. Hacia el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Manual para parlamentarios (No. 14)*. Ginebra, OACNUDH / Unión Interparlamentaria / ONU, 2007, p. 55.

<sup>32</sup> De derecho vinculante (conocido en el ámbito académico como *hard law*) y no vinculante (conocido como *soft law*).

trumentos de derechos humanos que emanan tanto de los organismos de los tratados internacionales como de mecanismos especiales o temáticos, bajo figuras de: comités de derechos humanos, relatorías y representantes especiales, grupos de trabajo, observadores y expertos independientes, entre otros. En el Sistema Regional hay que considerar además las resoluciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y las opiniones consultivas y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).<sup>33</sup>

Se hace particular énfasis en la consulta de las observaciones y recomendaciones finales emitidas por los comités creados en virtud de los convenios y pactos internacionales de Naciones Unidas<sup>34</sup> por la diversidad de temáticas que abordan y que están relacionadas con las disposiciones incluidas en dichos instrumentos. Tales observaciones y recomendaciones se basan en la amplia experiencia de los comités, derivada de su conformación por personas expertas y de la revisión de cientos de informes presentados por gran parte de los Estados partes, que implica el estudio y análisis de una amplísima gama de contextos nacionales en los ámbitos socioeconómico, histórico, cultural, político y jurídico.

Las observaciones y recomendaciones finales son relevantes porque en ellas los comités interpretan el contenido de los artículos y los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de los que emanan, sobre disposiciones en cuestiones temáticas particulares y en relación con sus métodos de trabajo.

<sup>33</sup> En el tercer capítulo de *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de esta colección, se muestra un cuadro con los organismos internacionales que generan insumos en temas de igualdad y no discriminación.

<sup>34</sup> El Estado mexicano ha aceptado la competencia de dichos comités para someterse al escrutinio sobre el cumplimiento de las obligaciones del tratado respectivo. Los comités creados hasta ahora son: Comité de Derechos Humanos; Comité de los Derechos del Niño; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer; Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial; Comité contra la Tortura; Comité de Derechos de los Trabajadores Migrantes; Subcomité en la Prevención de la Tortura; Comité sobre Desapariciones Forzadas, y Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

---

**RECOMENDACIÓN 3:** Utilizar datos confiables y actuales sobre el tema para guiar la actuación legislativa en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

---

Las propuestas legislativas en materia de derechos humanos, así como aquellas que versen concretamente en materia antidiscriminatoria, que emanen tanto del Congreso de la Unión como de las legislaturas locales, deben considerar en la elaboración de sus propuestas fuentes estadísticas o datos fidedignos actualizados de organismos nacionales o internacionales, públicos o privados, que tengan reconocimiento o prestigio sobre el tema.

Comúnmente, el Conapred ha identificado que las exposiciones de motivos de las iniciativas analizadas se fundamentan en notas periodísticas que no indican las fuentes de donde toman sus datos, o bien en buscadores de internet que arrojan páginas de dudosa procedencia, además de que exhiben datos muy antiguos y desactualizados que no reflejan la situación concreta que pretende reformarse.

---

**RECOMENDACIÓN 4:** Consultar a los principales actores involucrados para guiar la actuación legislativa en el reconocimiento y garantía de los derechos humanos.

---

Tanto en las disposiciones contenidas en instrumentos internacionales como en las recomendaciones que los comités y diversos órganos de instancias universales y regionales han emitido al Estado mexicano, se desprende que en la elaboración de propuestas legislativas, desde su formulación inicial, es fundamental considerar la opinión del grupo objetivo o sobre quienes pueda tener un efecto particular la aplicación de dicha legislación. Ello implica la generación de mecanismos viables y eficaces que permitan hacer llegar a las legisladoras y los legisladores las inquietudes, problemas identificados, causas, circunstancias y consecuencias que deben ser considerados de manera especial en la elaboración de propuestas legislativas.



---

**RECOMENDACIÓN 5:** Las iniciativas, dictámenes y minutas deben elaborarse con un lenguaje incluyente, es decir, no sexista y no discriminatorio.

---

El lenguaje es un elemento que no se escapa de las conductas discriminatorias, y en algunas ocasiones su uso puede llegar a mantener o fomentar condiciones de subordinación de ciertos grupos de personas sobre otros. En ese sentido, el Conapred ha identificado que se presentan problemas de lenguaje sexista en la redacción legal (que afecta principalmente a las mujeres) y lenguaje que se relaciona con grupos de población minoritarios, que fomenta prejuicios y estigmas.

El lenguaje sexista<sup>35</sup> se vale del uso de estereotipos de género para excluir o tornar invisibles a las mujeres del escenario público y privado, desvalorando o minimizando su actuación, en tanto que exalta la presencia de los hombres dentro de la sociedad, fomentando con ello relaciones de dominación que se ocultan dentro de condiciones aparentemente normales.<sup>36</sup>

Para salvar este tipo de redacciones y expresiones sexistas<sup>37</sup> se pueden emplear diferentes formas de lenguaje (para mayores detalles se recomienda consultar la publicación del Conapred *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*).<sup>38</sup>

Otro tipo de lenguaje que a lo largo del trabajo del Conapred también se ha identificado como reiterativo, es aquel que estig-

<sup>35</sup> Cabe aclarar que el sexismo es una forma de discriminación que consiste “en el trato desigual y en la segregación de las personas de un sexo por considerarlas inferiores a las de otro”. *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*. 2ª ed. México, Conapred, 2009, p. 5. [Textos del Caracol, 1]. Se puede descargar en <[http://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/C-01-2.pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/C-01-2.pdf)>. [Consulta: 19 de junio, 2013]. Las mujeres son quienes tradicionalmente enfrentan ese tipo de desigualdad. Por lo tanto, por lenguaje sexista se entiende aquel “que fomenta la discriminación de género contra las mujeres” [Héctor Islas Azañ, *Lenguaje y discriminación*. México, Conapred, 2005, p. 29. Cuadernos de la Igualdad, 4].

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>37</sup> Además del hecho de quitarse el velo que minimiza la inclusión y aportes de la mujer en la vida pública y privada.

<sup>38</sup> Conapred, *10 recomendaciones para el uso no sexista del lenguaje*, *op. cit.*, pp. 11-16.

matiza y replica prejuicios que afectan a ciertos sectores de la población. Esto implica en algunos casos que se minimice su presencia o resulte ofensiva la forma de referirse a dichas personas.

---

**RECOMENDACIÓN 6:** La armonización del derecho interno con los tratados internacionales no sólo se logra a través de la repetición de términos o cambios de mera forma en el lenguaje.

---

Armonizar un texto normativo con las obligaciones contraídas por México en el ámbito internacional, implica atender las recomendaciones que se plantean en este documento, como son: realizar un estudio y análisis del contexto histórico, político y social que caracterice la situación de que se trate, con la finalidad de que esas obligaciones se incorporen adaptándolas a las circunstancias propias del Estado mexicano, mas no debe consistir en hacer una transcripción literal del contenido de instrumentos internacionales de derechos humanos, sin tomar conciencia de que dicha obligación no se cumple de esa manera.

---

**RECOMENDACIÓN 7:** Legislar con perspectiva de género.

---

Toda iniciativa, dictamen o minuta debe elaborarse bajo una perspectiva de género, que sea transversal a todo el documento. La categoría del género se emplea para analizar y comprender tanto la condición de las mujeres (y lo femenino), como la de los hombres (y lo masculino);<sup>39</sup> en ese sentido, los “diferentes roles, responsabilidades, formas de acceso y control de los recursos, participación en la toma de decisiones y necesidades de hombres y mujeres”.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Fragmento literal de “La perspectiva de género”, en Marcela Lagarde, *Género y feminismo. Desarrollo humano y democracia*. Madrid. Horas y Horas, 1996, p. 14.

<sup>40</sup> Andrea Estela Serret Bravo, *Estrategia de prevención y sanción a la discriminación de género. Análisis y propuestas a partir de la Primera Encuesta Nacional sobre Discriminación en México de Sedesol-Conapred*. México, Conapred, 2007, p. 24.

En julio de 1997 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc, por sus siglas en inglés) definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los términos siguientes: “Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles”.<sup>41</sup>

Por consiguiente, la perspectiva de género, además de analizar y comprender esas diferencias entre géneros y entre las personas integrantes de un mismo género,<sup>42</sup> de manera simultánea tiene como finalidad lograr que los beneficios de cualquier acción, plan o programa instrumentado por el Estado mexicano en cualquier ámbito de la vida pública, llegue a ambos géneros por igual, tomando conciencia de la diferenciación de roles que tradicionalmente ha existido entre hombres y mujeres, con fundamento en estereotipos incuestionables, que deben ser superados.

---

**RECOMENDACIÓN 8:** Examen tripartito como guía para las legislaturas: legalidad de la medida, fin legítimo de la medida y proporcionalidad en sentido amplio de la medida [idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto].

---

Cuando el cumplimiento de una obligación derivada de un derecho atenta contra el ejercicio de otro derecho, se está en presencia de una colisión de derechos.<sup>43</sup> Ante ese supuesto, se sugiere acudir a la técnica de análisis empleada tanto por la Corte In-

<sup>41</sup> Esta definición se cita en diversas páginas de las Naciones Unidas y de otros organismos internacionales, por ejemplo, ver <<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>>. [Consulta: 10 de junio 2013.]

<sup>42</sup> Marcela Lagarde, “La perspectiva de género”, en *op. cit.*, p. 16.

<sup>43</sup> Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*. México, IT, 2007, pp. 56-59.

teramericana de Derechos Humanos<sup>44</sup> y la Corte Europea de Derechos Humanos,<sup>45</sup> como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).<sup>46</sup> Aunque éste es un recurso más utilizado en el ámbito judicial, en el campo legislativo también puede ser aplicado cuando se trate de evaluar si se está en una situación de colisión de derechos. Esto implica realizar un análisis tripartito de la forma siguiente:

- a) Legalidad de la medida.
- b) Fin legítimo de la medida.
- c) Proporcionalidad en sentido amplio de la medida, que incluye:
  - i. Idoneidad.
  - ii. Necesidad.
  - iii. Proporcionalidad en sentido estricto.

**a) Legalidad de la medida**

Una medida es considerada legal cuando no violenta el propio orden jurídico del Estado en que se emite o, más específicamente, cuando está acorde con la ley que es aplicable al acto.

**b) Fin legítimo de la medida**

Puede establecerse de dos formas. Por interpretación del sistema constitucional y convencional y por *limitación por delimitación*. En el primero de los supuestos se busca conocer si el fin perseguido por la autoridad que limita un derecho fundamental es razonable, en general, en un sistema democrático y constitucional. En el segundo, los posibles fines legítimos se encuentran predeterminados y

<sup>44</sup> Corte IDH, Caso *Usón Ramírez vs. Venezuela*. Sentencia del 20 de noviembre de 2009, párr. 49.

<sup>45</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, *Thlimmenos vs. Greece*. Sentencia del 6 de abril de 2000, párrs. 44, 46 y 47.

<sup>46</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis Jurisprudencial No. 130/2007, p. 8, reg.170,740.

limitados por la propia norma que establece el derecho fundamental.

c) **Proporcionalidad en sentido amplio, se compone de tres elementos:**

- i. *Idoneidad* de la medida se refiere a la exigencia de que pueda efectivamente lograr el fin legítimo que se busca.
- ii. *Necesidad* de la medida quiere decir que sea el único medio o el menos lesivo para lograr el fin buscado.
- iii. *Proporcionalidad (en sentido estricto)* de la medida se refiere a la capacidad de la misma de respetar un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida restrictiva y los daños que puede causar al ejercicio de un derecho.<sup>47</sup>

---

**RECOMENDACIÓN 9:** Presupuesto. Asignar y aprobar presupuestos específicos para situaciones particulares de desigualdad.

---

Existen diversas acciones que los Estados deben realizar para reconocer, proteger y garantizar, sin discriminación, el ejercicio de los derechos humanos reconocidos por México. Estas acciones son tanto de carácter formal como aquellas que generen igualdad sustantiva.

La garantía formal inicia a partir del reconocimiento en los distintos ordenamientos jurídicos que existen en el país. Sin embargo, esto por sí sólo no genera condiciones que permitan a todas las personas el ejercicio de sus derechos. Para lograrlo, en muchas ocasiones es necesario que se asignen presupuestos es-

<sup>47</sup> Luis Prieto Sanchís, "El juicio de ponderación constitucional", en Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad y la protección de los derechos fundamentales*. México, CNDH / CEDH Aguascalientes, 2008, pp. 100-102.

pecíficos. La asignación y aprobación del presupuesto, tal como se explica en este apartado, es una atribución explícita que tiene el Poder Legislativo y es un elemento fundamental para la aplicación efectiva de los derechos humanos en todos los niveles, federal, estatal y municipal.

La asignación y aprobación del presupuesto se deberá realizar considerando las dificultades identificadas por las instancias correspondientes, la población afectada o involucrada y la información que permita generar un diagnóstico de la situación.

Es importante señalar que para poder garantizar un derecho resultan necesarias diversas medidas, por lo que el presupuesto debe incluir, por ejemplo, procesos de consulta y diagnóstico que permitan al Estado mexicano tener un panorama de qué derechos han sido o están siendo violados o vulnerados, a qué población y cuáles son sus afectaciones.

---

**RECOMENDACIÓN 10:** Supervisar el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos.

---

El Poder Legislativo tiene la facultad de supervisar y revisar la actuación del Poder Ejecutivo a niveles federal y estatal, a través, por ejemplo, de la revisión de su actuación con base en lo señalado en el informe anual presidencial o de gobierno, o de la actuación de las secretarías que conforman la administración pública.

La OACNUDH ha señalado, en relación con esta facultad, que el Poder Legislativo debe “someter las políticas y la acción del poder ejecutivo a un escrutinio constante, los parlamentos y sus miembros pueden y deben velar por que las leyes sean efectivamente aplicadas por la administración y otros órganos competentes”.<sup>48</sup>

<sup>48</sup> OACNUDH-México, *Palabras del Señor Alberto Brunori, Representante en México de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la Inauguración del Seminario Retos Legislativos y Perspectiva de los Derechos Humanos*, 10 de noviembre de 2009, Monterrey, Nuevo León. Ver apartado sobre la supervisión del Ejecutivo, p. 2, <<http://www.hchr.org.mx/Documentos/Ponencias%202009/11/PAB101109.pdf>> [Consulta: 21 de mayo de 2013.]

Esto con fundamento tanto en las propias facultades que la Constitución nacional y las leyes de actuación del Congreso señalan, como en la obligación previa del Poder Legislativo de armonizar el derecho interno en los distintos niveles de gobierno con el marco jurídico internacional, tal como se menciona en la Recomendación 2.

---

**RECOMENDACIÓN 11:** Considerar la incorporación de medidas especiales para atajar las desigualdades como una herramienta para legislar.

---

Una herramienta eficaz para dar cumplimiento a las obligaciones de garantía de derechos, a partir del artículo primero constitucional, es el uso de las medidas especiales. Tal como se explicó en el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación”, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por México, incluyen disposiciones específicas que buscan garantizar la igualdad real en el ejercicio y goce de los derechos humanos que en ellos se consagran, y a las cuales se les ha dado el nombre de *medidas especiales* o *medidas positivas*.

Es importante señalar que estas medidas no son consideradas discriminatorias sino como parte de una estrategia necesaria de los Estados para lograr una igualdad sustantiva o *de facto* en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales,<sup>49</sup> ya que buscan acelerar la igualdad sustantiva y “de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato”.<sup>50</sup>

Para el desarrollo de estas medidas deben considerarse factores económicos, sociales, jurídicos, culturales, étnicos, geográ-

<sup>49</sup> ONU, *Recomendación General No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal*, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 20º periodo de sesiones, 1999, párrafo 18.

<sup>50</sup> *Ibid.*, párrafo 14.

ficos, de género o de cualquier otro carácter, a fin de garantizar los derechos sin discriminación. Al redactar el texto legal, se deberán realizar procesos de consulta con las personas interesadas a fin de atender las necesidades específicas para facilitarles el disfrute de sus derechos sin discriminación.

---

**RECOMENDACIÓN 12:** Identificar aquello que no puede considerarse como una medida especial.

---

A través del trabajo del Conapred, se ha identificado que las medidas especiales de carácter temporal –referidas en la recomendación anterior y explicadas en el apartado “Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación”– que más se utilizan en las propuestas legislativas en el país son las redacciones generales, que se refieren a derechos ya reconocidos en leyes y tratados internacionales vigentes y no tanto a medidas que buscan atajar las desigualdades históricas enfrentadas por las mujeres y ciertos sectores de la población. Algunas propuestas en las que se incorporan este tipo de medidas, se han hecho basadas en una concepción errónea de lo que éstas son en realidad. Los comités del Sistema de Naciones Unidas y los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos han señalado que los Estados deben distinguir con claridad entre aquellas medidas de carácter temporal que buscan acelerar un objetivo concreto relacionado con la igualdad sustantiva de un grupo en particular y la realización de cambios estructurales que permiten lograrlo, a fin de diferenciarlas de aquellas políticas sociales de carácter general que son adoptadas para mejorar la situación de un grupo en particular.

Es decir, los Estados deben tener en cuenta que: 1) no todas las medidas pueden ser o serán favorables para ciertos grupos, son medidas especiales de carácter temporal (como acciones afirmativas, medidas positivas) y 2) tampoco lo son el establecimiento de condiciones generales que garanticen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de esos gru-



pos y que tengan por objeto asegurarles una vida digna y sin discriminación.<sup>51</sup>

---

**RECOMENDACIÓN 13:** Utilizar un método de análisis para la armonización legislativa.

---

Esta recomendación plantea una propuesta de método de análisis diseñada por el Conapred para aplicar la perspectiva de igualdad y no discriminación en el actuar legislativo. Está basado en el *método de comparación de modelos*, el cual comparará un *modelo normativo óptimo* con el *modelo normativo actual* existente en el país, identificando/confrontando las diferencias entre ambos y concluyendo en una propuesta de modificación legislativa. El método contendrá fuentes de derecho y obligaciones del aparato legislativo, así como líneas generales para la elaboración de una propuesta legislativa. Los apartados que integrarán el análisis de cada uno de los temas son los siguientes:

- a) Modelo normativo óptimo.
  - a.1) Fuentes de derecho: marco normativo y teórico o doctrinal.
- b) Modelo normativo vigente.
  - b.1) Legislación vigente.
  - b.2) Conductas de autoridades o particulares (realidad social / acciones u omisiones).
- c) Diagnóstico y comparación.
- d) Determinación / propuesta legislativa.

**a) Modelo normativo óptimo**

El primer paso para poder aplicar este método es generar el *modelo normativo óptimo*, considerando que es uno de los elementos

<sup>51</sup> ONU, *Recomendación General No. 25, op. cit.*, párrafos 19 y 26.

a comparar y que constituye una situación normativa ideal para el tema de interés.

### a.1) Fuentes de derecho

El modelo normativo óptimo se genera a partir de una investigación realizada sobre distintas fuentes de derecho de los ámbitos nacional e internacional y de derecho comparado, que hayan regulado de manera exitosa el tema de interés, identificando los máximos estándares de protección del derecho o derechos de que trate el tema analizado. Tales fuentes se enlistan a continuación:

- i. Orden jurídico nacional.
- ii. Derecho internacional.<sup>52</sup>
- iii. Derecho comparado.

Este conjunto de fuentes dará como resultado un *marco normativo y otro teórico o doctrinal*, que servirán de sustento, previo *análisis y síntesis* de ambos, para fijar el estándar de normatividad deseada para la regulación del tema de interés, así como para establecer los argumentos sobre los que se fijará dicha postura, misma que, entre otros aspectos, considerará el contenido del núcleo esencial y no esencial del derecho, así como las obligaciones para el Estado mexicano derivadas del ejercicio de ese derecho. Estos elementos se detallan a continuación.

<sup>52</sup> Las fuentes de derecho internacional reconocidas por la Corte Internacional de Justicia, en el artículo 38 de su Estatuto, son tres: “a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

## b) Modelo normativo vigente

Una vez generado el modelo normativo óptimo se debe proceder a elaborar el *modelo normativo actual o vigente*, el cual se construye a partir de la investigación de la regulación del tema de interés en nuestro país, atendiendo no sólo a fuentes jurídicas del ámbito nacional —específicamente legislación de carácter secundaria (federal o estatal) y ordenamientos del Poder Ejecutivo como reglamentos, circulares, normas oficiales mexicanas, entre otras—,<sup>53</sup> sino también al análisis de las acciones u omisiones en que incurran tanto las autoridades como los particulares respecto del tema, con la finalidad de conocer la realidad actual de México.

Es pertinente señalar que un insumo o herramienta que puede emplearse para esa finalidad son los informes de la sociedad civil o situaciones concretas de preocupación del Conapred, que exponen información detallada de la problemática en estudio.

Una vez que se cuente con esa información, se procederá a realizar un análisis y síntesis de la misma para obtener una situación normativa vigente que englobe no sólo aspectos jurídicos sino también sociales del tema de interés.

El siguiente esquema sintetiza los elementos descritos para la conformación del modelo normativo actual:

- b.1) Legislación vigente.
- b.2) Conductas de autoridades o particulares (realidad social/ acciones u omisiones).
- b.3) Análisis y síntesis.

## c) Diagnóstico y comparación

Una vez generados ambos modelos, es decir, el normativo óptimo y el normativo actual, se deberán *confrontar* entre sí para rea-

<sup>53</sup> Cabe aclarar que la investigación que se lleve a cabo sobre la regulación jurídica puede dar como resultado la ausencia de disposiciones normativas del tema de interés.

lizar un *diagnóstico* de ambas situaciones y determinar los puntos de *comparación y diferenciación* entre cada uno de ellos, principalmente con la finalidad de exponer las fortalezas y carencias regulatorias del sistema jurídico analizado (modelo normativo vigente) en comparación con el modelo normativo óptimo y, de esa manera, establecer líneas de acción legislativa tendientes a eliminar carencias y alcanzar una regulación óptima del tema de interés, aplicada al modelo normativo actual mexicano.

#### **d) Determinación / propuesta legislativa**


Una vez que se ha llevado a cabo la confrontación de modelos para realizar un *diagnóstico* de ambas situaciones y que se han señalado las diferencias o deficiencias esenciales del sistema jurídico analizado (modelo normativo actual), la última etapa del método de confrontación consiste en la elaboración de propuestas legislativas con la finalidad de optimizar la regulación normativa actual del tema de interés, tomando como fundamento las fuentes del modelo normativo óptimo.

Para ello es necesario identificar las normas o legislaciones que deben modificarse, así como precisar el tipo de reformas que se sugieren, las cuales pueden ser generales, indicando las características universales que una legislación óptima debe contener, o bien específicas, señalando concretamente las sugerencias de modificación a los textos normativos.

En todo caso, la propuesta legislativa debe expresar qué legislación debe reformarse; en qué sentido debe operar dicho cambio; quién o quiénes son responsables y corresponsables del cambio, y el nivel de prioridad de la reforma (atendiendo a si se trata o no de una obligación inmediata).<sup>54</sup>

<sup>54</sup> En el tercer capítulo de *Fundamentos de la armonización legislativa con enfoque antidiscriminatorio*, tomo I de Legislar sin Discriminación, se incluye una tabla con los elementos de los temas de interés que debe considerar una propuesta legislativa.





**DERECHO A LA CONSULTA  
DE LOS PUEBLOS Y  
COMUNIDADES INDÍGENAS  
Y AFROMEXICANAS EN  
TORNO A PROYECTOS  
DE DESARROLLO Y  
EXPLOTACIÓN DE  
RECURSOS NATURALES**



## Introducción temática

En este tomo se aborda la consulta a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, centrada en las obligaciones y derechos vinculados con ésta cuando se relaciona con posibles afectaciones a los derechos de tierra, de territorio, a la cultura, de religión, de explotación de recursos naturales debidas a la realización de proyectos de desarrollo y de explotación de recursos naturales.

Con esta finalidad se hace un análisis del derecho a la consulta que tienen los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas en su dimensión colectiva, así como de los demás derechos vinculados, desde un acercamiento focalizado en dichas temáticas. Esta investigación es, en efecto, una primera aproximación al tema de la consulta, considerando que este derecho tiene un rango amplio y puede vincularse también con la dimensión individual de los derechos políticos, como el derecho a la participación ciudadana y la consulta que va implícita en ésta o la consulta para elaborar el Plan Nacional de Desarrollo, o bien, como sucede con los derechos específicos que tienen algunos otros grupos de población a ser consultados —por ejemplo, las personas con discapacidad o las niñas y niños— y que se encuentran reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho a la consulta es uno de los grandes pendientes del Estado mexicano con respecto a la población indígena y afromexicana, que ha sido excluido históricamente de las decisiones sobre leyes, programas, políticas públicas o grandes proyectos de inversión que la afectan; exclusión debida a la falta de desarrollo legislativo de este derecho de participación colectiva, en especial la de las comunidades y pueblos afromexicanos que no han sido reconocidos constitucionalmente como sujetos de derechos. Este tipo de exclusión puede constituir una forma de discriminación en contra de esta población porque al desconocer el derecho a la consulta se desconoce un elemento necesario para el reconocimiento efectivo de los derechos que tienen estas poblaciones para decidir sobre sí mismas.



El derecho a la consulta es pilar de otros derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas que está cercanamente vinculado con el tema de la discriminación. Los derechos colectivos se empezaron a desarrollar en el marco del derecho internacional de los derechos humanos desde hace más de veinticinco años, a partir de la presión política y social de diversas organizaciones y grupos indígenas que no eran visibilizados en el sistema universal o en los regionales de protección de los derechos humanos.

Actualmente, los estudios sobre la situación de discriminación que enfrentan estos grupos están en desarrollo; es evidente que ha habido más avances en estas reflexiones sobre los pueblos y comunidades indígenas que en materia de pueblos y comunidades afromexicanas. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas, los primeros documentos en mostrar la grave situación de discriminación, invisibilidad, desplazamiento, persecución y despojo de recursos en la que viven estos pueblos en el mundo fueron el *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*,<sup>1</sup> conocido como el *Informe Martínez Cobo*, y el documento de trabajo *Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y a las minorías. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra*.<sup>2</sup> A partir de estos estudios se crearon grupos de trabajo, relatorías especiales y foros que, poco a poco, han abierto espacios de discusión sobre la importancia de una nueva relación entre los pueblos indígenas y los Estados y han permitido avanzar, aunque de manera lenta y paulatina, en el reconocimiento de sus derechos humanos colectivos como pueblos.

<sup>1</sup> ONU, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas Informe final que presenta el Relator Especial, José R. Martínez Cobo* [en línea]. Doc. E/CN.4/Sub. 2/1983/21/Add.8, 30 de septiembre de 1983. <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS\\_xvii\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/MCS_xvii_en.pdf)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

<sup>2</sup> ONU, *Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y a las minorías. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Érica-Irene A. Daes* [en línea]. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001. <[http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=7280](http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7280)>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

En el caso del desarrollo de instrumentos internacionales, se han logrado avances significativos en materia de diagnóstico de la situación de discriminación de este grupo de población. Por ejemplo, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas, después de visitar México en 2003, indicó en su informe que

a pesar de una larga historia de indigenismo del Estado mexicano a lo largo del siglo xx, los rezagos acumulados entre la población indígena la colocan en situación de franca desventaja frente al resto de la población nacional, víctima de discriminación y exclusión social, con bajos índices de desarrollo social y humano. Hasta hace pocos años, los pueblos indígenas de nuestro país no eran reconocidos en la legislación nacional ni gozaban de derechos específicos. Por ello, sus derechos humanos han sido particularmente vulnerados e ignorados.<sup>3</sup>

De acuerdo con este informe,

Entre las diversas problemáticas a las que se enfrentan los pueblos indígenas en México resalta la alta conflictividad en que viven estas poblaciones generada, sobre todo, por la defensa de las tierras y los recursos naturales que se encuentran en sus comunidades (problemas agrarios y ambientales); la conflictividad política derivada de disputas por el poder político, que involucran el manejo de recursos públicos en el ámbito local (municipal); la discriminación contra los y las indígenas;

<sup>3</sup> ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Misión a México* [en línea]. 23 de diciembre de 2003. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.2, párr. 56. <[http://observatoriopolticasocial.org/sitioAnterior/images/PDF/Biblioteca/biblioteca\\_2010/ONU\\_docs/Informes\\_relatores/Indigenas/2003\\_mxico\\_indigenas.pdf](http://observatoriopolticasocial.org/sitioAnterior/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Indigenas/2003_mxico_indigenas.pdf)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

los bajos índices de desarrollo económico, social y humano; la poca atención que los partidos políticos prestan a la problemática indígena (*sic*), y la baja prioridad que les merece esta población a las agendas legislativas en los ámbitos federal y estatal.<sup>4</sup>

Diez años después de ese informe, la situación de los pueblos indígenas no ha cambiado y ahora también se ha comenzado a visibilizar la similitud de la situación de los pueblos afrodescendientes en cuestiones de discriminación, mucho de esto derivado del contexto internacional en el que la población afrodescendiente ha logrado avances en este reconocimiento reflejado, por ejemplo, en el pronunciamiento del Año Internacional de las Personas Afrodescendientes (2011), seguido del Decenio que comenzó en 2015.<sup>5</sup>

En 2012, las *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial* para México insistieron en la problemática de la población indígena:

El Comité expresa gran preocupación ante el hecho de que según el Informe de Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas en México del PNUD del 2010, en materia de educación, salud, seguridad social, vivienda, servicios básicos y alimentación; los resultados muestran que el 93.9% de la población indígena está privada al menos de uno de estos derechos y el 64.2% al menos de tres. Definiendo a la pobreza multidimensional como el porcentaje de personas con al menos una carencia social y que son pobres por ingresos, en esta categoría cae el 70.9% de la población indígena. Asimismo, el Comité expresa seria preocupación ante

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 61.

<sup>5</sup> La ONU declaró 2011 como Año Internacional de las Personas Afrodescendientes; se realizó un Encuentro Iberoamericano en Brasil en torno al tema y en diciembre de 2014 se promulgó el Decenio Internacional de las Personas Afrodescendientes, 2015-2024.

la información que en lo que se refiere al índice de desarrollo humano, en general, la población originaria en los municipios de México alcanza niveles de desarrollo humano inferiores a la población no indígena.<sup>6</sup>

El principal avance en cuanto a instrumentos internacionales lo constituyen el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>7</sup> —en adelante Convenio 169 de la OIT o Convenio169— y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007),<sup>8</sup> pilares del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el mundo y base sobre la que se ha fundamentado buena parte de la jurisprudencia internacional y el *soft law* en la materia.<sup>9</sup> Este avance, si bien muestra que existe un mayor compromiso en la

<sup>6</sup> ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), *Observaciones finales del CERD. México* [en línea]. CERD/C/MEX/CO/16-17, 2012, párrafo 18 <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.MEX.CO.16-17\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.MEX.CO.16-17_sp.pdf)>. [Consulta: 23 de julio, 2015.]

<sup>7</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Adoptado en la septuagésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza, el 27 de junio de 1989. <[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

<sup>8</sup> ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea]. Doc. A/61/L.67 y Add. 1, 2007. <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfiid/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfiid/documents/DRIPS_es.pdf)>. [Consulta: 12 de febrero, 2015.] Aprobada en 2007 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con la firma de 143 países, entre los que se encuentra México.

<sup>9</sup> *Soft law* es un término que la doctrina del derecho internacional público emplea usualmente para referirse a principios, reglas, estándares, directrices, resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones e informes adoptados por organismos internacionales o dentro de conferencias mundiales, programas de acción, textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de convenios o tratados, códigos de conducta, entre otros documentos. Véase Mauricio Iván del Toro Huerta, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea]. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/6/art/art12.htm>>. [Consulta: 10 de abril, 2015.] Su importancia radica en que son criterios orientadores aprobados por los Estados involucrados en su creación para interpretar el contenido genérico de los derechos humanos en un momento o tema determinado.

comunidad internacional para su cumplimiento, no es suficiente porque todavía persisten ciertas resistencias por parte de los Estados a incorporar garantías para el ejercicio de estos derechos en sus prácticas y legislaciones.

Es relevante comentar que, en contraste, en el caso de los pueblos indígenas y comunidades afroamericanas, el reconocimiento de sus derechos colectivos debe iniciarse con el reconocimiento constitucional como sujetos de derechos colectivos, como pueblos y comunidades. Es importante reiterar la urgencia y necesidad del reconocimiento constitucional de estas poblaciones como parte integrante de la composición pluricultural del Estado nación y, a partir de esta visibilización, desarrollar de forma más amplia otros derechos, como el derecho a la consulta.

El derecho a la consulta implica una auténtica revisión de las dinámicas que han dominado la relación entre el Estado y los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes, y que les han imposibilitado el goce de los derechos reconocidos a todos y todas en pie de igualdad y sin discriminación. Esos parámetros de dominación que establecen formas estructurales de discriminación y marginación han impedido que los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas desarrollen su capacidad de interlocución frente a representantes del Estado y otros actores privados, como las empresas. Esto implica un desequilibrio entre las partes en términos de acceso a la información y capacidad técnica para evaluar, elaborar y responder a propuestas sobre medidas legislativas o decisiones administrativas en relación con proyectos a realizarse en sus territorios y que pueden afectarles, o aquellos proyectos fuera de su territorio que de alguna manera afecten su forma de vida. Es justamente por esto que se debe reconocer el derecho a la consulta en las constituciones nacionales y en los marcos normativos internos de los Estados para garantizar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, así como para mitigar dichas condiciones de asimetría de poder.

Este reconocimiento significa que el Estado mexicano debe *consultar* a los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas cada vez que se diseñen medidas legislativas y administrati-

vas susceptibles de afectarlos de alguna manera, a fin de salvaguardar sus derechos y prevenir cualquier tipo de discriminación hacia ellos. El derecho a la consulta se convierte en un elemento del procedimiento legislativo y administrativo que garantiza el ejercicio de otros derechos a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes para preservar su sobrevivencia y prevenir su exclusión, marginación y discriminación en la toma de decisiones. Este derecho debe pensarse como un proceso genuino de diálogo entre ambas partes (comunidades-pueblos y Estado) para la búsqueda de acuerdos y toma de decisiones en beneficio mutuo. Significa la posibilidad para dichas poblaciones de decidir sobre las transformaciones y el desarrollo de sus comunidades, de su territorio y de sus recursos naturales

El derecho a la consulta, a pesar de encontrarse previsto en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos y de ser considerado por diversos órganos de interpretación, como comités y cortes internacionales y regionales en la materia, como una de las bases para el ejercicio de la totalidad de los derechos humanos de las poblaciones indígenas y afrodescendientes, no se ha legislado de forma adecuada en la mayoría de los países, incluido México.<sup>10</sup> Ante la ausencia de legislación, el análisis de los alcances y estándares más amplios de protección del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado se tiene que realizar con base en los tratados internacionales en la materia y en la aplicación e interpretación que han hecho los órganos encargados de su protección. Éstos son la base sobre los que debe construirse una propuesta de legislación del derecho a la consulta en el ámbito de lo nacional.

El objetivo de este tomo es analizar los principales elementos que conforman el derecho a la consulta para construir, a partir del estudio del derecho internacional de los derechos humanos, los

<sup>10</sup> Vid., Alan E. Vargas Lima, *El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios en el Estado Plurinacional de Bolivia* [en línea], p. 13. <<http://es.scribd.com/doc/80924746/El-Derecho-a-la-Consulta-Previa-a-los-Pueblos-Indigenas-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia>>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

estándares más altos de protección de este derecho que, si bien se encuentran reconocidos en el artículo 2 constitucional, debieran ser incorporados en una legislación que pretenda reglamentar su ejercicio, considerando los principios y las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

Para cumplir con dicho objetivo, en este apartado se exponen brevemente algunos de los conceptos generales que nos permiten comprender el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y las comunidades indígenas y afro-mexicanas. En el segundo apartado se desarrolla el modelo normativo óptimo, en el que se identifican los estándares más amplios de protección con base en los instrumentos internacionales en la materia, así como en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Posteriormente, se hace una revisión del modelo normativo vigente en México, en los ámbitos federal y local, relativo al derecho en comento. Por último, se examinan comparativamente los dos modelos normativos para conocer si la legislación mexicana cumple con los estándares más amplios de protección de este derecho, mismos que deberían ser los contenidos mínimos de cualquier legislación y práctica en la materia.

Es importante señalar que la consulta inicial, incluso para llevar a cabo el diseño de legislación o políticas públicas en materia del derecho a la consulta de los pueblos y las comunidades indígenas y afro-mexicanas, es fundamental para darle sentido a este derecho, que no puede conceptualizarse si no pasa por una hermenéutica y un diálogo que integre, por un lado, todos estos estándares del sistema normativo internacional y, por otro, el significado que los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas le dan a este derecho; un significado que además no puede ser homogéneo para todas las comunidades o pueblos, sino que será tan diverso como la multiplicidad de pueblos y comunidades que exista dentro de un Estado, pues cada uno de éstos tiene su propio sistema social y normativo. Si una legislación en materia de este derecho no parte desde esa perspectiva intercultural generadora de diálogos, violaría el derecho a la consulta y sería un despropósito en sí misma.

## **La discriminación y la consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas**

Para comprender este derecho de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas es necesario contextualizarlo social e históricamente y relacionarlo de forma transversal con el derecho a la no discriminación, ya que estos grupos sociales, históricamente, han sido objeto de discriminación sistemática.

En el caso de los pueblos y las comunidades indígenas, la discriminación racial que han vivido en todo el mundo a lo largo de la historia ha sido documentada ampliamente y reconocida por la comunidad internacional:<sup>11</sup> la esclavitud y la trata de personas esclavizadas, el colonialismo y el hecho de que “las estructuras o instituciones políticas y jurídicas, algunas de ellas heredadas y que hoy persisten, no corresponden a las características multiétnicas, pluriculturales y plurilingües de la población”.<sup>12</sup>

Esta situación histórico-social constituye un factor importante de discriminación de la que han sido víctimas los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes durante siglos, por lo que es necesario tomar constantemente medidas para luchar contra la persistencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que los afectan. Para poder revertir esta situación de discriminación es indispensable instar a los Estados para que adopten o sigan aplicando

medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales y todas las disposiciones necesarias para promover, proteger y garantizar el ejercicio por los pueblos indígenas de sus derechos, así como para garantizarles

<sup>11</sup> Vid., ONU, “Declaración”, en *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* [en línea]. Durban, 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. Doc. A/CONF.189/12. <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>>. [Consulta: 24 de junio, 2015.]

<sup>12</sup> *Ibid.*, párr. 22.



el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre la base de la igualdad, la no discriminación y la participación plena y libre en todas las esferas de la sociedad.<sup>13</sup>

En el informe donde se emitió la “Opinión No. 2 del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas relacionada con el derecho a participar en la adopción de decisiones por parte de los pueblos indígenas”, se señala que:

Los pueblos indígenas han formado parte de los sectores más excluidos, marginados y desfavorecidos de la sociedad. Ello ha repercutido negativamente en su capacidad de determinar el rumbo de sus propias sociedades y de adoptar decisiones sobre cuestiones que afectan a sus derechos e intereses. Este puede ser todavía hoy un elemento importante que contribuye a su situación desventajosa. El derecho a adoptar decisiones y la participación en las decisiones que los afectan son elementos necesarios para que los pueblos indígenas puedan proteger, entre otras cosas, sus culturas, incluidos sus idiomas, y sus tierras, territorios y recursos.<sup>14</sup>

El Mecanismo de expertos ha insistido en que sólo mediante la participación de los pueblos indígenas y la consulta previa se podrán superar las condiciones de discriminación.

Por otra parte, en su *Recomendación general No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, el Comité para la Eliminación

<sup>13</sup> *Ibid.*, “Programa de acción”, párr. 15a.

<sup>14</sup> ONU, Mecanismo de expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Opinión No. 2 (2011) del Mecanismo de Expertos: Los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones”, en *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones* [en línea]. Doc. A/HRC/EMRIP/2011/2, 26 de mayo de 2011, p. 18. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate_sp.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

de la Discriminación Racial (CERD) de las Naciones Unidas puso un énfasis especial en el problema de la discriminación de los pueblos indígenas al señalar que:

el Comité está consciente de que en muchas regiones del mundo se ha discriminado y sigue discriminándose a los pueblos indígenas, y se les ha privado de sus derechos humanos y libertades fundamentales, y concretamente, de que los colonizadores, las empresas comerciales y las empresas de Estado les han arrebatado sus tierras y sus recursos. En consecuencia, la conservación de su cultura y de su identidad histórica se ha visto y sigue viéndose amenazada.<sup>15</sup>

En el caso de la población afrodescendiente, establecida —en contra de su voluntad— en el continente americano en el marco de los procesos de colonización antes de la formación de los Estados nacionales,<sup>16</sup> ésta ha sido objeto de discriminación racial y racismo históricamente a partir de su categorización en torno al color de la piel y, con ello, se le ha desvinculado de su identidad étnica, sus aspectos culturales, sociales y ancestrales, es decir, de una idea de pueblo o comunidad. Estos pueblos y comunidades apenas recientemente han avanzado en procesos de estructuración de una identidad y conciencia étnica con características mucho más integrales y proactivas. De esta manera, los pueblos y comunidades de personas afrodescendientes han reivindicado, en distintos modos y alcances, su derecho a la igualdad y a la no discriminación, al reconocimiento de su existencia y sus aportes

<sup>15</sup> ONU, CERD, *Recomendación general No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas* [en línea]. 1997. Documento HRI/GEN/1/Rev.7 at 248, 1997, párr. 3. <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom23.html>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

<sup>16</sup> Para una explicación más detallada sobre las comunidades y pueblos afrodescendientes, véase Conapred, *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*. México, Conapred, 2015. [Legislar Sin Discriminación, VII]

en la construcción de los Estados nación y a ser reconocidos políticamente como poblaciones originarias para poner de relieve la dimensión de identificación étnica en la que confluye el autorreconocimiento, un origen común, una territorialidad y una cultura propia.<sup>17</sup>

De la misma manera que la población indígena, han sido víctimas del racismo, la discriminación racial, el colonialismo y la denegación histórica de muchos de sus derechos.<sup>18</sup> Incluso en la actualidad, las poblaciones afrodescendientes todavía tienen que “hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas”.<sup>19</sup>

De acuerdo con el CERD, “los afrodescendientes deben gozar de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de conformidad con las normas internacionales, en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna”.<sup>20</sup> En consecuencia, las personas afrodescendientes tienen derecho a ejercer, sin discriminación alguna, individual o colectivamente con otros miembros del grupo, una serie de derechos entre los que se encuentra “el derecho a que se les consulte previamente cuando se tomen

<sup>17</sup> Vid., CEPAL, *Contar con todos. Caja de herramientas para la inclusión de pueblos indígenas y afrodescendientes en los censos de población y vivienda. Módulo 3. ¿Quiénes son los pueblos indígenas y afrodescendientes?: El difícil arte de contar* [en línea]. Doc. LC/R.2181/Add.2, 2011, p. 13. <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1446/S2011512\\_es.pdf?sequence=3](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1446/S2011512_es.pdf?sequence=3)>. [Consulta: 31 de julio, 2015.]

<sup>18</sup> Vid., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “La Relatoría de los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial llama a renovar el compromiso para superar el trágico legado de la esclavitud en las Américas” [en línea]. Comunicado de prensa No. 18/07 <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2007/18.07sp.htm>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>19</sup> “Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Racismo en América Latina y el Caribe”, en *Plataforma de Integración Cubana* [en línea]. 1 de noviembre de 2013. <<http://www.cubaintegra.org/blog/audiencia-ante-la-comisin-interamericana-de-derechos-humanos>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>20</sup> ONU, CERD, *Recomendación general No. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes* [en línea]. Doc. CERD/C/GC/34, párr. 3. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f34&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f34&Lang=en)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

decisiones que puedan afectar a sus derechos, de conformidad con las normas internacionales”.<sup>21</sup> Es necesario reiterar la importancia de la participación en los temas que les competen porque tradicionalmente, tanto en el caso de pueblos y comunidades afrodescendientes como en el de las indígenas, se ha dado la existencia de un fenómeno de *discriminación colectiva* que los aleja de la realización del derecho a la libre autodeterminación.<sup>22</sup> Este tipo de discriminación tiene que ver con la falta de participación y la falta de representación política que obstaculiza a estos grupos el acceso al ejercicio del poder y no les permite la autodeterminación de cada uno de sus pueblos y comunidades.

Por otro lado, la población afromexicana ha sido invisibilizada constantemente desde la formación del Estado mexicano y sus aportaciones históricas, sociales, económicas, políticas y culturales a la construcción y desarrollo del país han sido ignoradas. Esta situación corresponde con lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) de las Naciones Unidas ha catalogado como *discriminación sistémica*, que puede definirse como aquella discriminación que subsiste contra ciertos grupos y que

es omnipresente, está fuertemente arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad y a menudo implica actos de discriminación indirecta o no cuestionada. Esta discriminación sistémica puede consistir en normas legales, políticas, prácticas o actitudes culturales predominantes en el sector público o priva-

<sup>21</sup> *Ibid.*, párr. 4d.

<sup>22</sup> De acuerdo con Yuri Escalante Betancourt, “la discriminación étnica o racial tiene dos dimensiones: la individual y la colectiva. Sin embargo, ello no significa que sean dos clases diferentes de discriminación, sino que se trata de dimensiones distintas del mismo fenómeno, las cuales debemos distinguir para fines analíticos”, en *Derechos de los pueblos indígenas y discriminación étnica o racial* [en línea]. México, Conapred, 2009. [Cuadernos de la Igualdad, 11], p. 15 <[http://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/CI011.pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/CI011.pdf)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

do que generan desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros.<sup>23</sup>

Para analizar este fenómeno de discriminación sistémica se puede utilizar la metodología que empleó el Relator Especial de las Naciones Unidas en su informe sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Distingue cuatro planos en los que el fenómeno de la discriminación impacta en los derechos de los pueblos indígenas: la discriminación jurídica, la interpersonal, la institucional y la estructural.<sup>24</sup>

En cuanto a la *discriminación jurídica*, no sólo consiste en la falta de reconocimiento de un grupo o etnia sino también en “la omisión en las leyes de los enunciados favorables al pleno disfrute, por los pueblos indígenas, de todos sus derechos humanos y a la aún insuficiente adecuación de la legislación nacional”.<sup>25</sup> En otras palabras, esta discriminación se refiere a la deficiente protección y garantía efectiva de los derechos de estos grupos en la legislación nacional. En el caso de los pueblos y comunidades afrodescendientes esta discriminación se manifiesta de forma muy concreta al no ser reconocidos en el marco constitucional como sujetos de derechos.

<sup>23</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), *Observación general No. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales* [art. 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] [en línea]. 42º periodo de sesiones. Ginebra, 2 de julio de 2009. Doc. E/C.12/GC/20, párr. 12. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

<sup>24</sup> Vid., ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. Misión a Guatemala* [en línea]. Doc. E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003, párr. 16. <[http://www.ohchr.org/gt/cd\\_instrumentos/documentos/Puein.pdf](http://www.ohchr.org/gt/cd_instrumentos/documentos/Puein.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>25</sup> *Idem*. En el informe se hace referencia solamente a pueblos y comunidades indígenas, pero lo dicho debe entenderse también para pueblos y comunidades afrodescendientes.

La *discriminación interpersonal*, por su parte, es aquella que se da en el plano de lo social, a veces de forma imperceptible, de persona a persona —no necesariamente de manera intencional— a partir de los diferentes tipos de relaciones sociales (de vecindad, laborales, económicas, etc.) y que se manifiesta en actitudes de rechazo y exclusión, muy arraigadas en la costumbre, hacia estos grupos por parte de otros sectores de la población. Este tipo de discriminación se da en lugares públicos y en las calles y es repetida por “medios de comunicación masiva [que] transmiten estereotipos y prejuicios dañinos a la imagen de los pueblos indígenas, que se repiten en conversaciones y actitudes personales”.<sup>26</sup>

La *discriminación institucional* se da en el momento en el que las decisiones administrativas o presupuestales por parte del Estado no consideran a las instituciones públicas encargadas de garantizar la igualdad y la no discriminación en contra de estos grupos. Es decir, es una situación desfavorable en la distribución del gasto público y de bienes colectivos, expresado en bajos índices socioeconómicos asociados con los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas y su escasa participación en la administración pública y política.<sup>27</sup>

Por ejemplo, en el caso de México:

los recursos asignados a los programas presupuestarios que se pusieron en marcha para realizar acciones compensatorias a los grupos en situación de vulnerabilidad del país —con excepción de la población afrodescendiente, que hasta 2012 no estaba contemplada de manera explícita en la legislación aplicable [LFPED]—, no se correspondieron con la importancia demográfica relativa de cada uno de ellos ni tampoco hubo argumentos claramente identificables para reconocer las razones que llevaron a modificar esas asignaciones du-

<sup>26</sup> *Ibid.*, párr. 17.

<sup>27</sup> *Ibid.*, párr. 18.

rante el trienio. [...] En cambio, salta a la vista la disminución de más de cinco puntos porcentuales en los recursos asignados a esos grupos durante el trienio, sin que mediara un argumento identificable para explicar esa disminución, a despecho de que las condiciones de vida de los grupos vulnerables en el país no mejoraron en ese mismo periodo.<sup>28</sup>

Por último, la *discriminación estructural* “descansa en los mecanismos históricos [...] mediante los cuales los pueblos indígenas fueron excluidos de los recursos económicos, políticos e institucionales necesarios para convivir en condiciones de equidad con el resto de la población”.<sup>29</sup>

Estas formas en las que se piensa, estudia y analiza la discriminación en relación con los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas permite comprender la necesidad de protección y garantía de este derecho pues, como se mencionó en la introducción temática, se considera pilar para el ejercicio de otros derechos colectivos de estas comunidades. Así, el reconocimiento del derecho a la consulta permitiría el ejercicio de otros derechos y con ello combatir la discriminación sistémica de la que son actualmente sujetos.

En las últimas décadas, el derecho de los pueblos indígenas se ha desarrollado de forma importante y ha pasado de ser casi inexistente a construir un *corpus iuris* considerable en el que han sido reconocidos plenamente como sujetos colectivos de derechos, con capacidad para ejercer su derecho a la libre determina-

<sup>28</sup> Mauricio Merino y Carlos Vilalta, *La desigualdad de trato en el diseño del gasto público federal mexicano. Indicadores sobre equidad, visibilidad e inclusión en los programas presupuestarios federales de 2010 a 2012*. México, CIDE /Conapred, 2014, p. 176.

<sup>29</sup> ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión. Misión a Guatemala, op. cit., párr. 20.*

ción.<sup>30</sup> En el desarrollo de estos derechos, se ha reiterado la necesidad de realizar “profundos cambios en las estructuras legales, económicas y sociales en los países que cuentan con población indígena”.<sup>31</sup> En México se han realizado avances en la generación de prácticas de consulta a pueblos y comunidades indígenas en el contexto de la generación de proyectos de desarrollo. Algunos de estos ejercicios han derivado en casos que tanto la Comisión Nacional de Derechos Humanos como las autoridades judiciales han revisado y que han dado la oportunidad de que éstas analicen la realización de las consultas llevadas a cabo a la luz de los diversos instrumentos internacionales. El estudio de estos casos se retoma en el modelo normativo óptimo.

Entre los cambios necesarios se encuentra la generación de un marco legal sobre el derecho a la consulta para los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes con el fin de incluirlos en la toma de decisiones “como nuevo sujeto fundamental, hasta ahora no suficientemente considerado por los poderes políticos y económicos”.<sup>32</sup> En el caso de los pueblos y comunidades afromexicanas, el proceso debe iniciarse con el reconocimiento constitucional de éstos como sujetos de derecho. Este derecho tiene un doble carácter: por un lado, es un derecho humano colectivo de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, íntimamente vinculado con su derecho a la libre determinación, y, por otro, es también un instrumento imprescindible para garantizar la realización de otros derechos.<sup>33</sup>

Los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas tienen el derecho a participar de forma colectiva en las decisio-

<sup>30</sup> Cfr., ONU-OACNUDH. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: La importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala* [en línea]. México, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2011, p. 4. <[http://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/DerechoConsulta\\_Pl.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoConsulta_Pl.pdf)>. [Consulta: 29 de julio, 2015.]

<sup>31</sup> *Idem*.

<sup>32</sup> *Idem*.

<sup>33</sup> Cfr., Alan E. Vargas Lima, *El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios en el Estado Plurinacional de Bolivia*, op. cit., p. 14.



nes y acciones que puedan impactarlos en sus vidas y cultura. La falta de participación en estas decisiones afecta directamente el goce y ejercicio efectivo de otros derechos fundamentales.<sup>34</sup> Por esta razón, el derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado debe garantizarse, ya que actualmente estos grupos se encuentran subrepresentados, cuando no excluidos por completo, de las esferas de toma de decisiones, legislativas o administrativas, lo que repercute en las decisiones sobre su propio desarrollo y futuro. En ese sentido, la obligación de consultar con estos grupos se traduce en un mecanismo para combatir la discriminación que han sufrido y siguen padeciendo los pueblos y las comunidades indígenas y afrodescendientes en relación con su derecho a la participación en la toma de decisiones.<sup>35</sup>

El reconocimiento de este derecho a los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes en el contexto de proyectos de desarrollo, diseño de políticas públicas y elaboración de leyes no es sólo un imperativo legal, sino también un elemento imprescindible para reducir los posibles conflictos generados en esos contextos y garantizar un desarrollo social y económicamente sustentable, así como una verdadera democracia plural.<sup>36</sup>

Por último, el análisis del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, con base en los principios de indivisibilidad e interdependencia, nos permite llenar de contenidos otros derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, como los derechos al territorio y los recursos naturales; la identidad y la cultura; la libre determinación, y la participación.<sup>37</sup>

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>35</sup> *Cfr.*, ΟΑΣΝΟΔΗ, México. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, *op. cit.*, p. 20.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>37</sup> *Idem.*

## Definiciones

### Pueblos y comunidades indígenas

La definición de cualquier grupo social que busque ser totalizadora no es posible ni deseable; sin embargo, para los fines metodológicos de este estudio se plantean a continuación algunas definiciones que pretenden facilitar su comprensión.

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT<sup>38</sup> existen dos criterios, *objetivos* y *subjetivos*, para describir a los pueblos a los que pretende reconocer derechos. Los artículos 1.1 y 1.2 del Convenio describen esos elementos respectivamente:

**Artículo 1.1.** El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Firmado por México el 13 de agosto de 1990 y ratificado el 5 de septiembre de 1990.

<sup>39</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [en línea]. Adoptado en la septuagésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza, el 27 de junio de 1989. Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, Perú, 2ª ed., 2007, artículo 1. <[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf)>. [Consulta: 4 de julio, 2015.]

**Artículo 1.2.** La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.<sup>40</sup>

Los criterios objetivos son aquellos que pueden comprobarse con métodos probados por la historia y la antropología:<sup>41</sup>

- a) Continuidad histórica, es decir, que son sociedades anteriores a la época de la conquista, la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales;
- b) Conexión territorial, que significa que sus antepasados habitaban en el país o región, y
- c) Conservan todas o algunas de sus instituciones políticas, culturales, económicas y sociales.<sup>42</sup>

Por su parte, el criterio subjetivo se refiere a la identificación del sujeto como parte del grupo. La *conciencia de su identidad* es subjetiva porque implica la autoidentificación de la persona como perteneciente a una comunidad indígena o tribal. El Convenio 169 fue el primer instrumento internacional en establecer y reconocer el criterio de autoidentificación y su importancia en la garantía de derechos colectivos.<sup>43</sup>

A partir de estos elementos podemos decir que en el ámbito internacional no existe una definición de pueblos o comunidades indígenas, pero sí es posible su identificación a partir de la rigurosa combinación de los criterios objetivos y subjetivos mencionados. Es importante señalar que, de acuerdo con la Comisión

<sup>40</sup> *Idem.*

<sup>41</sup> *Vid.*, OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT* [en línea]. Programa para Promover el Convenio No. 169 de la OIT [pro 169]. Ginebra, OIT, 2009, p. 10. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]

<sup>42</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 10.

Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), no es necesaria una definición para efectos de proteger sus derechos humanos. Esto porque una definición estricta y cerrada siempre correrá el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva.<sup>44</sup>

En el ámbito nacional hay una combinación de estos elementos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece en el artículo 2 los mismos criterios que el Convenio 169 al señalar que son pueblos indígenas: “aquellos que descenden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.<sup>45</sup> Además, señala que son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres (*criterios objetivos*). Por último, la CPEUM señala “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas” (*criterio subjetivo*).<sup>46</sup>

<sup>44</sup> Vid., CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* [en línea]. Washington, D. C., Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2009, párrs. 25 y 26. <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

<sup>45</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 10 de julio de 2015, artículo 2º.

<sup>46</sup> *Idem*. Para saber más sobre el tema de autoadscripción y autoidentificación, véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas* [en línea]. 2a. ed. México, SCJN, 2014. <<http://www.amij.org.mx/protocolos/Protocolo%20Indigenas.pdf>>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

## Pueblos y comunidades afrodescendientes<sup>47</sup>

Así como los pueblos indígenas no se definen en los instrumentos internacionales, sucede lo mismo con los pueblos y las comunidades afrodescendientes. La identidad afrodescendiente, al igual que cualquier identidad étnica, es el resultado de “procesos extensos, complejos, no lineales, e incluso conflictivos, que además aún están ocurriendo”.<sup>48</sup>

El término *afrodescendiente* es resultado del proceso de reivindicación y afirmación de la identidad étnica de esta población, ya que ha servido como un elemento de autoafirmación positiva y como un modelo más complejo de identidad que rebasa la idea de la “raza” por “comunidad étnica”, que politiza más su identidad en tanto se considera un pueblo. La adopción de este término simboliza una ruptura epistemológica significativa, pues alude “a una evolución conceptual de la identidad cultural y política de los descendientes de la diáspora africana”.<sup>49</sup>

Al igual que en el caso de la población indígena, para describir a los pueblos a los que se pretende reconocer derechos, se ha equiparado a los pueblos y comunidades afrodescendientes con *pueblos tribales* en términos de lo establecido en el Convenio 169 de la OIT,<sup>50</sup> considerando que éstos cuentan con los criterios objetivos y subjetivos antes citados, es decir: a) que sus condi-

<sup>47</sup> Para una explicación más detallada sobre la definición de comunidades y pueblos afrodescendientes, véase Conapred, *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afrodescendientes*, op. cit.

<sup>48</sup> CEPAL, *Contar con todos*, op. cit., p. 10.

<sup>49</sup> Jhon Antón Sánchez y Fabiana Del Popolo, *Visibilidad estadística de la población afrodescendiente de América Latina: aspectos conceptuales y metodológicos* [en línea]. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2008, p. 12. [Serie Población y desarrollo, 87]. <<http://www.cepal.org/celade/agenda/1/32651/visibilidad.pdf>>. [Consulta: 20 de julio, 2015.]

<sup>50</sup> Vid., OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* [en línea]. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013, p. 2. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_205230.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_205230.pdf)>. [Consulta: 20 de julio, 2015.]

ciones sociales, culturales y económicas los distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y b) que están regidos total o parcialmente por sus propias costumbres, tradiciones o por una legislación especial.<sup>51</sup> Además, cumplen también con el criterio subjetivo de la autoidentificación o conciencia de identidad tribal. En desarrollos recientes, la OIT ha determinado la siguiente serie de elementos subjetivos para considerar a un grupo como *tribal*:

1. Estilos tradicionales de vida.
2. Una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional.
3. Tradiciones y costumbres propias, leyes tradicionales propias y/o un reconocimiento jurídico especial.<sup>52</sup>

A partir de esto la OIT ha afirmado que “los afrodescendientes son amparados por el Convenio 169 bajo el concepto de ‘pueblos tribales’ según los órganos de control de la OIT”, lo que ha posibilitado que este convenio se aplique en América Latina para atender a algunas comunidades afrodescendientes.<sup>53</sup>

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), aprobado en 1966, incluyó en su artículo 27 la obligación de que los Estados partes en donde existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas reconozcan el derecho de éstas a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma, en común con los demás miembros de

<sup>51</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, artículo 1.

<sup>52</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>53</sup> OIT, “Pueblos indígenas y afrodescendientes en la región: Hacia la igualdad de oportunidades y el trabajo decente”, en *Panorama Laboral 2007. América Latina y el Caribe* [en línea]. Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2007, p. 39. <<http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama07%5Bart-1%5D.pdf>>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]

su grupo. En la búsqueda de una definición o conceptualización de los pueblos y las comunidades afrodescendientes se ha dado la pregunta sobre si estas comunidades afrodescendientes pueden ser consideradas *minorías*. En este sentido, las minorías han sido definidas como:

Un grupo numéricamente inferior al resto de la población de un Estado, que se encuentra en una posición no dominante y cuyos miembros, que son nacionales del Estado, poseen características étnicas, religiosas o lingüísticas diferentes de las del resto de la población y manifiestan, aunque sólo sea implícitamente, un sentimiento de solidaridad para preservar su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.<sup>54</sup>

Debido a que no existe un instrumento vinculante en las Naciones Unidas en materia de derechos de pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas, esta categoría ha sido utilizada para la defensa de los derechos de estas poblaciones, considerando que el incumplimiento del artículo 27 genera responsabilidad internacional para los Estados partes y que cualquier persona que se ve afectada por ello puede iniciar un procedimiento ante el Comité de Derechos Humanos. Es importante resaltar que las interpretaciones que se han hecho en las Naciones Unidas en esta materia también señalan los criterios objetivos y subjetivos antes mencionados para poder definir e identificar a una población como *minoría* en los términos que señala el PIDCP.

De acuerdo con los elementos expuestos, las poblaciones afrodescendientes cumplen con los criterios para ser consideradas una minoría étnica: son un grupo numéricamente menor que el resto de la población, generalmente se encuentran en una posi-

<sup>54</sup> Francesco Capotorti, APUD, ONU, *Derechos de las minorías. Normas internacionales y orientaciones para su aplicación* [en línea]. Doc. HR/PUB/10/3. Nueva York / Ginebra, Naciones Unidas, 2010, p. 3. <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf)>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]

ción no dominante, comparten características étnicas y preservan su cultura e identidad, por lo menos una parte de ellas. En este sentido, conviene enfatizar que el derecho de las minorías a ser consultadas no es en función de su composición numérica, sino de las características objetivas y subjetivas que también se han establecido para ello.

En el ámbito interamericano, la CIDH ha señalado que los pueblos tribales y los pueblos indígenas son titulares de los mismos derechos.<sup>55</sup> Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha definido al pueblo tribal como aquel pueblo que:

no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones.<sup>56</sup>

La Corte IDH ha interpretado el contenido del artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), relativo al derecho de toda persona al reconocimiento de su personalidad jurídica, en el sentido de que éste debe entenderse también para el reconocimiento de la personalidad jurídica colectiva de los pueblos afrodescendientes:

El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica representa un parámetro para determinar si una

<sup>55</sup> Vid., CIDH, "IX. Derechos a la consulta y a la participación", en *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, op. cit.

<sup>56</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [en línea]. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172, párr. 79. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>. [Consulta: 4 de julio, 2015.]



persona es titular o no de los derechos de que se trate, y si los puede ejercer. [...] La violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular y gozar de esos derechos y obligaciones, lo cual pone al individuo en una posición vulnerable en relación con el Estado o terceros.

Los Estados tienen el deber de procurar los medios y condiciones jurídicas en general necesarias para que el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica pueda ser ejercido por sus titulares.

En especial, la Corte ha observado que el Estado se encuentra obligado a garantizar a aquellas personas en situación de vulnerabilidad, marginalización y discriminación, las condiciones jurídicas y administrativas que les aseguren el ejercicio de este derecho, en atención al principio de igualdad ante la ley.<sup>57</sup>

En particular, la Corte IDH ha señalado en resoluciones sobre población afrodescendiente que el reconocimiento de la personalidad jurídica de esta comunidad es “la consecuencia natural del reconocimiento del derecho que tienen los miembros de los grupos indígenas y tribales a gozar de ciertos derechos de forma comunitaria”,<sup>58</sup> por lo que cuando el reconocimiento de este derecho se limita a su dimensión individual, es decir, sólo a los miembros individuales de la comunidad, el Estado no está tomando en cuenta el modo en que los integrantes de pueblos indígenas y tribales gozan y ejercen sus derechos.

Asimismo, este tribunal interamericano ha resuelto que los pueblos afrodescendientes son titulares también de los derechos colectivos reconocidos en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la OIT, ya que comparten las características de los pueblos tribales en razón de su

<sup>57</sup> *Ibid.*, párrs. 166.- 167.

<sup>58</sup> *Ibid.*, párr. 172.

cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional.

Los Estados, entre ellos México, están obligados a reconocer la personalidad jurídica a los pueblos afrodescendientes en los mismos términos en los que se reconoce la de los pueblos indígenas. Lo anterior, sin perder de vista que, en particular, los pueblos afromexicanos poseen peculiaridades que los distinguen de los indígenas.<sup>59</sup> De forma adicional, la Corte IDH y los órganos de tratados de las Naciones Unidas pertenecientes al Sistema Universal de Derechos Humanos han establecido estándares fundamentales para el reconocimiento de una serie de derechos colectivos a pueblos y comunidades afrodescendientes, tomando como base principal el derecho a la autoidentificación y al reconocimiento de su personalidad jurídica colectiva para la protección de sus derechos.

El derecho a la autoidentificación, entendido como el derecho de toda persona a decidir su propia identidad y a identificarse en cuanto a su pertenencia a un grupo social determinado, debe ser el único elemento para la determinación de quienes se identifican como integrantes de las comunidades afrodescendientes en el mundo, así como de manera específica de los pueblos afromexicanos en nuestro país. De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el respeto y protección de este derecho funge como garantía para prevenir que los Estados, incluyendo el mexicano, actúen a partir de criterios fenotípicos, que más allá de contribuir en el reconocimiento de derechos, pueden resultar en la reproducción de prejuicios y en la propagación de situaciones de discriminación y racismo.

La determinación de quién o quiénes forman parte de estos pueblos se encuentra relacionada de manera directa con el origen común y la identidad cultural, situación por la que no debe —de

<sup>59</sup> Consultar el tomo *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, *op. cit.*, con la finalidad de ampliar el conocimiento acerca de esa temática y estar en posibilidad de implementar las medidas tendientes a garantizar el derecho a igual reconocimiento como la ley de los pueblos.

ninguna manera— sujetarse ésta a criterios raciales o fenotípicos. Se debe recordar que, en el ámbito internacional, en los últimos años el término “raza” ha quedado en desuso, adquiriendo un sentido negativo al implicar una supuesta “superioridad racial”, que ha sido descalificada de manera tajante por los avances científicos que atestiguan la existencia de una sola especie humana. La cultura de los pueblos afrodescendientes, que además del origen común simboliza el elemento propio más importante para la determinación de su identidad cultural y pertenencia, comprende, entre otros elementos, de acuerdo con los órganos de las Naciones Unidas:

las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades.<sup>60</sup>

A diferencia del caso de los pueblos indígenas, cuyas lenguas e idiomas han sido objeto de estudio y de generación de un buen

<sup>60</sup> ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general No. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* [en línea]. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1. 43º período de sesiones. Ginebra, 2 al 20 de noviembre de 2009, párr. 13. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

número de políticas públicas, los criterios etnolingüísticos para determinar la pertenencia de personas integrantes de los pueblos afrodescendientes no se consideran razones reales de identificación, ya que, a causa de la invisibilización, actualmente no existe información oficial suficiente que permita identificar regiones etnolingüísticas de estos pueblos, al menos en el caso de México.

Debe aclararse que el reconocimiento y garantía de derechos colectivos a la población afrodescendiente no debe medirse a partir de su similitud o no con la población indígena, sino que deben atenderse las características propias de esta población. Sin embargo, la coincidencia de diversos elementos que les son característicos a ambas poblaciones, además de la similitud en algunas situaciones de desigualdad y exclusión que tanto las poblaciones indígenas como las afrodescendientes pueden llegar a enfrentar, son elementos que amplían la obligación de los Estados de reconocimiento, protección y garantía de derechos colectivos a pueblos afrodescendientes, así como la protección de los instrumentos internacionales aplicables.<sup>61</sup>

### **Definición del término *pueblos afromexicanos***

Para fines metodológicos, se entiende por *pueblos afromexicanos* a

aquellas personas, comunidades y pueblos que descienden de poblaciones que llegaron del continente africano a México durante el periodo virreinal (1521-1810) como resultado de procesos de esclavización y se asentaron en este territorio antes de la formación del Estado-nación; y que además poseen formas de identidad singulares, con sus propios usos, costumbres, tradicio-

<sup>61</sup> ONU, *Marginalised Minorities in Development Programming. A UNDP Resource Guide and Toolkit* [en línea]. Nueva York, PNUD, 2010, p. 13. <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/UNDPMarginalisedMinorities.pdf>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

nes y expresiones culturales, de organización familiar y social, de uso de la tierra y economía.<sup>62</sup>

Esta denominación surge de la necesidad de encontrar un término que de manera general refiera a todos esos pueblos y comunidades que, en razón de su ubicación geográfica y regional, también son conocidos como *mascosgos*, *negros*, *afrodescendientes*, *costeños*, *morenos*, *afroguerrerenses*, *afroindios*, entre otros. La denominación *afromexicano*, resultante de unir el vocablo “afro” y el gentilicio de nuestro país, emana de la revisión del derecho comparado e imita la fórmula que ha sido empleada desde hace varias décadas en diversos países latinoamericanos.

Cabe aclarar que esta denominación se utiliza en este estudio solamente como una forma de referirse a los pueblos y comunidades afrodescendientes de México, sin que se entienda como el término exclusivo o institucionalizado para nombrarlos. Al respecto, es importante que se consulte con los pueblos afrodescendientes la forma en que se les deba denominar o se consideren las diferentes formas de autodenominación con las que se identifican, como las arriba señaladas.

Los pueblos afromexicanos no son reconocidos expresamente en nuestro máximo ordenamiento jurídico, ni han sido contemplados en el diseño de las políticas para su protección, lo que ha impedido proteger, garantizar y promover sus derechos.<sup>63</sup> En el ámbito local las constituciones de sólo dos entidades los han incluido y reconocido como parte integrante de su multiculturalidad: Guerrero y Oaxaca.

<sup>62</sup> Conapred, *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, op. cit., p. 96.

<sup>63</sup> El señalamiento sobre la ineficacia de la figura de “comunidades equiparables” deriva de la revisión y análisis de la legislación vigente en materia agraria, aguas nacionales, desarrollo sustentable, ciencia y tecnología, consulta, monumentos y zonas arqueológicas, telecomunicaciones y radiodifusión, desarrollo social, educación, protección al ambiente, materia electoral, minería y planeación. Véase Conapred, *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, op. cit.

El principal objetivo de la visibilización de los pueblos y comunidades afromexicanas es el reconocimiento constitucional, con el fin de establecer las bases para generar una esfera jurídica de protección de todos sus demás derechos, como el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. Este reconocimiento de los pueblos y comunidades afromexicanas como personas jurídicas colectivas titulares de derechos específicos sentaría las bases para la adopción de medidas positivas que combatan la discriminación que han enfrentado históricamente dichos pueblos y comunidades; es decir, el reconocimiento de la titularidad de derechos de los pueblos y comunidades afromexicanas constituye la base mínima necesaria para permitir, facilitar y garantizar el acceso a sus derechos específicos y colectivos, de acuerdo con lo establecido en diversos tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte.

En el caso de los pueblos y comunidades afromexicanas, el Estado debe atender e incorporar los estándares internacionales en la materia, con el fin de combatir y eliminar toda discriminación, particularmente racial, de la que son objeto. Entre estos estándares se encuentra establecer las condiciones jurídicas y administrativas que resulten necesarias, a fin de que se garantice el reconocimiento de la personalidad jurídica de los pueblos afromexicanos, así como de sus derechos colectivos, en consulta con ellos y respetando plenamente sus instancias representativas, costumbres y tradiciones. De lo contrario, la falta de adopción de medidas por parte del Estado para garantizar este derecho podría devenir en la responsabilidad internacional de México.



## Modelo normativo óptimo

### La integración normativa de las diferentes fuentes del derecho por medio de la interpretación conforme

El segundo párrafo del artículo 1 de la CPEUM establece un método mediante el que las normas establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte se integren en un *parámetro de control de regularidad constitucional*. Los operadores jurídicos, incluidas las personas legisladoras, deben considerar este método para la integración de esas normas al momento de ser aplicadas o legisladas.<sup>64</sup>

Con base en lo anterior, el objetivo para este apartado es hacer una revisión del derecho utilizando este método interpretativo. De esta manera, para determinar el modelo normativo óptimo se hará una interpretación integradora de los parámetros establecidos en diferentes instrumentos con la intención no de poner uno sobre otro y jerarquizarlo, sino para distinguir cada uno de los elementos que lo componen y posteriormente integrarlos todos, buscando determinar los parámetros de protección más amplios o la limitación menos restrictiva.

El derecho de los pueblos y comunidades indígenas a la consulta está señalado en la Constitución mexicana de forma muy escueta y sin detallar sus elementos principales, por ello en este apartado el referente será el derecho internacional de los derechos humanos. El análisis de los contenidos constitucionales se verá en la sección que se refiere al marco normativo vigente.

<sup>64</sup> Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* [en línea]. México, SCJN, abril de 2014, décima época, libro 5, tomo I, Pleno y Salas, p. 202. Registro No. 2006224. <[https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/5\\_ABR.pdf](https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/5_ABR.pdf)>. [Consulta: 20 de marzo, 2015.]



## Fuentes de derecho internacional sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada

En este apartado se abordarán los documentos normativos claves del derecho internacional de los derechos humanos relativos al derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. Para ello se revisarán en primer lugar los instrumentos generales del sistema internacional de protección de los derechos humanos hasta las sentencias en casos particulares llevados ante la Corte IDH. En estos documentos se concretan los derechos a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, y se establecen los contextos en los que deben aplicarse. Sin embargo, para lograr una verdadera integración de elementos normativos es necesario hacer un recorrido exhaustivo en el derecho internacional de los derechos humanos, como el que se realiza a continuación.

### *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),<sup>65</sup> aprobado en 1966, reconoce en su artículo 23 los derechos de las minorías y hace mención del derecho a participar en la vida cultural. En su *Observación general No. 23*, el Comité de Derechos Humanos desarrolla el alcance del artículo 27 del PIDCP sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. La *Observación* se extiende a las comunidades indígenas y señala que sus derechos culturales se relacionan íntimamente con sus recursos y territorios, puesto que “la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive en un modo particular

<sup>65</sup> ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]. Doc. A/RES/2200 (XXI), adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por México el 23 de marzo de 1981. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. [Consulta: 20 de marzo, 2015.]

de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas”, razón por la que puede ser necesario adoptar “medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan”.<sup>66</sup>

Con base en esta interpretación, el Comité de Derechos Humanos ha reiterado en varias de sus Observaciones finales a los Estados parte la importancia de elaborar consultas antes de llevar a cabo medidas legislativas y administrativas o proyectos de exploración y explotación que puedan afectar a los pueblos indígenas, de tal forma que se respeten sus derechos al territorio y a gozar de su propia cultura.<sup>67</sup> En el caso de México, la recomendación del Comité de Derechos Humanos en 2010 señala que:

Si bien reconoce las medidas adoptadas por el Estado parte, como el Programa para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas 2009-2012 y las reformas constitucionales de 2001 destinadas a garantizar los derechos indígenas, al Comité le sigue preocupando que los pueblos indígenas no sean consultados lo suficiente en el proceso de adopción de decisiones respecto de cuestiones que afectan a sus derechos, incluso durante las deliberaciones sobre la reforma constitucional en 2001 (arts. 2 y 25 a 27 del Pacto).<sup>68</sup>

<sup>66</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observación general No. 23. Derecho de las minorías* [en línea]. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183. 50º periodo de sesiones, 1994, párr. 7. <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom23.html>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

<sup>67</sup> Revisar en específico las observaciones del Comité de Derechos Humanos a Chile [2007, párr. 19], Colombia [2010, párr. 25] y Guatemala [2012, párr. 27]. Dichas observaciones puede consultarse en ONU, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos* [en línea]. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=5)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

<sup>68</sup> ONU, Comité de Derechos Humanos, *Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados partes*

*Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC)*

En el artículo 15 del PIDESC se reconoce el derecho de toda persona a participar en la vida cultural sin distinción alguna, que comprende el derecho de toda persona a su identidad cultural, a mantener sus propias costumbres, tradiciones y cultura, entre otras.

El Comité DESC, en su *Observación general No. 21* interpreta este derecho a la participación en la vida cultural, detallando criterios importantes sobre lo que debe entenderse por *participación* o *tomar parte*, dentro de los que se localizan por lo menos dos que están relacionados: la participación política en la sociedad y “el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales”.<sup>69</sup>

En la misma *Observación general*, el Comité DESC señala que los Estados están obligados a proporcionar todos los medios para que las personas y las comunidades puedan hacer realidad el derecho a participar en la vida cultural. Esta obligación considera la promulgación de legislación y la implementación de los mecanismos efectivos que permitan a las personas participar en los procesos de adopción de decisiones, en la reivindicación de la protección de su derecho a participar en la vida cultural.<sup>70</sup>

en virtud del artículo 40 del Pacto [en línea]. Doc. CCPR/C/MEX/CO/5. 98º periodo de sesiones. Nueva York, 8 al 26 de marzo de 2010, párr. 22. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/MEX/CO/5&Lang=Sp](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/MEX/CO/5&Lang=Sp)>. [Consulta: 27 de agosto, 2015.]

<sup>69</sup> ONU, Comité DESC, *Observación general No. 21*, op. cit., párr. 15 c.

<sup>70</sup> *Ibid.*, párr. 54.

*Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*

En la *Recomendación general No. 23* del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) se hace referencia a la discriminación a los pueblos indígenas y la privación de sus derechos humanos y libertades fundamentales causada por el despojo de sus tierras y recursos por parte de los colonizadores, las empresas comerciales y las paraestatales. En consecuencia, la amenaza que éstos representan para la conservación de la cultura e identidad histórica de estas poblaciones.<sup>71</sup>

En ese contexto, se determinó la necesidad de que los Estados “garanticen que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado”.<sup>72</sup>

Esta forma de concebir la discriminación contra la población indígena por parte del CERD vincula el derecho a la consulta libre, previa e informada con el derecho a la no discriminación, buscando proteger a los pueblos indígenas de cualquier tipo de abuso o arbitrariedad en los asuntos que les competen. Al reconocer la interdependencia e indivisibilidad entre el derecho a la consulta y consentimiento libre, previo e informado con el derecho a la no discriminación en estos términos, el CERD busca eliminar la discriminación estructural e histórica de estos pueblos. Para ello, y como parte de las obligaciones de promover y garantizar estos derechos, es necesario impulsar políticas de inclusión social que reduzcan los altos niveles de desigualdad, exclusión y pobreza. Estas políticas deben construirse, necesaria y obligatoriamente,

<sup>71</sup> ONU, CERD, *Recomendación general No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas*, *op. cit.*, párr. 3.

<sup>72</sup> *Ibid.*, párr. 4d.

consultando con los pueblos que pudieran ser afectados por estas medidas administrativas y de política pública.

Esta forma de concebir el derecho a la consulta previa es transversal a todos los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afrodescendientes como el derecho a la propiedad colectiva y el aprovechamiento de sus recursos naturales. En este caso la obligación de garantía, que requiere organizar todo el aparato estatal para hacer efectivos los derechos por parte de los Estados, implica crear marcos legislativos adecuados con el fin de reconocer los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes sobre sus tierras y territorios colectivos y que existan procedimientos adecuados para realizarla. Para lograr esto es necesario determinar claramente cuáles son las tierras que tales pueblos han ocupado tradicionalmente y reconocer su derecho a participar en la explotación, administración y conservación de los recursos naturales, así como la necesidad de que el Estado promueva medidas de reparación efectivas cuando hayan sido privados de ellos.

Adicionalmente, el CERD ha recomendado que el Estado “se asegure que se están llevando a cabo consultas efectivas en cada etapa del proceso con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado, particularmente en los casos de explotación minera”.<sup>73</sup> Este elemento es muy importante porque establece un criterio base al señalar que el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado debe ejercerse por etapas en los casos de proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales, y con mayor atención en los megaproyectos.

También el CERD ha señalado la importancia de que existan leyes especiales en la materia pero asimismo reitera que “la ausencia de reglamentación del Convenio No. 169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa”.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> ONU, CERD, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, op. cit., párr. 17a.

<sup>74</sup> *Idem*.

En lo relativo al derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado, el CERD ha señala en específico:

El Comité toma nota que la Comisión Nacional para el Desarrollo de Pueblos Indígenas tiene un Sistema de Consulta Indígena basado en los artículos 2 y 26 de la Constitución y la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, expresa su preocupación que dicho sistema de consulta no contempla la figura del consentimiento libre, previo e informado. El Comité expresa seria preocupación ante las crecientes tensiones entre actores externos y pueblos indígenas asociados a la explotación de recursos naturales destacando en particular los casos de explotación minera. El Comité reitera su preocupación ante informaciones de conflictos sobre tierras históricamente propiedad de los pueblos indígenas y porque, en la práctica, el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de que se proceda a la explotación de los recursos naturales en sus territorios, no se respeta plenamente. Toma nota asimismo que existen tres iniciativas de ley en la materia y lamenta no haber recibido información detallada sobre las mismas. Preocupa igualmente al Comité, la necesidad de medidas administrativas para garantizar formas tradicionales de tenencia y posesión de la tierra (artículo 5 (d) (v)).

El Comité, a la luz de su *Recomendación general No. 23* (1997), recomienda que el Estado parte:

- a) se asegure que se están llevando a cabo consultas efectivas en cada etapa del proceso con las comunidades que puedan verse afectadas por proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales con el objetivo de obtener su consentimiento libre, previo e informado, particularmente en los casos de explotación minera. Recomienda también que se haga lo posible

- por acelerar el proceso de adopción de una ley en la materia, recordándole al Estado parte que la ausencia de reglamentación del Convenio No. 169 no es impedimento para que se lleven a cabo procesos de consulta previa;
- b) recomienda que se intensifiquen las mesas de diálogo donde representantes gubernamentales participen activamente en diferentes espacios de interlocución con los pueblos indígenas, garantizando que en las mismas se produzcan acuerdos concretos, viables y verificables, que sean efectivamente implementados; asimismo recomienda que se favorezcan los métodos alternos de resolución de conflictos de acuerdo con los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derechos de los pueblos indígenas;
  - c) en los casos excepcionales en que se considere necesario el traslado y el reasentamiento de los pueblos indígenas, recomienda que el Estado parte vele por el respeto de las disposiciones recogidas en estándares internacionales para llevar a cabo dichos traslados. En este sentido, solicita al Estado parte que incluya información en su próximo informe periódico sobre pueblos indígenas y tenencia de la tierra, particularmente en los casos donde se busca explotar los recursos naturales en ellas.<sup>75</sup>

<sup>75</sup> *Ibid.*, párr. 17.

### *Consideraciones sobre minorías*

Para el Grupo de Trabajo sobre las Minorías el concepto de vida pública debe entenderse en sentido amplio,<sup>76</sup> en tanto este derecho es de largo alcance y abarca diversos aspectos de participación. La vida pública se desarrolla en dos grandes ámbitos, el político y público y el de la vida económica y social.

En el primero incluye la participación efectiva en la adopción de decisiones políticas; la dirección de asuntos públicos; derechos políticos y administrativos, y mecanismos de consulta, así como mediante fórmulas que permitan la autonomía cultural o territorial.<sup>77</sup>

En el ámbito de la vida económica y social incluye el acceso adecuado a la vivienda, salud, educación, empleo, bienestar social, pensiones, a la tierra, al patrimonio, a medios de difusión, a la protección de la identidad cultural, a la participación efectiva en proyectos de desarrollo, de consultas válidas, de programas formulados a partir de las necesidades y circunstancias concretas de las minorías, así como a un acceso pleno y en condiciones de igualdad a los servicios necesarios.<sup>78</sup>

Esta forma de entender el derecho a la consulta y su relación con el derecho a la no discriminación debe entenderse también para las comunidades afrodescendientes. En este sentido se ha

<sup>76</sup> ONU, Grupo de Trabajo sobre las Minorías, *Comentario del Grupo de Trabajo sobre las Minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* [en línea]. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2. 11º periodo de sesiones, 30 de mayo al 3 de junio de 2005, párr. 36. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/133/84/PDF/G0513384.pdf?OpenElement>>.

<sup>77</sup> *Idem*. Véase también ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Documento de antecedentes de la Experta independiente en cuestiones de minorías, Sra. Gay McDougall, sobre las minorías y su participación política efectiva* [en línea]. Doc. A/HRC/FMI/2009/3. 2º periodo de sesiones, Ginebra, 12 y 13 de noviembre de 2009, párrs. 4 y 5. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.23\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.23_sp.pdf)>.

<sup>78</sup> ONU, *Documento de antecedentes de la Experta independiente en cuestiones de minorías, Sra. Gay McDougall, sobre las minorías y su participación política efectiva, op. cit.*, párr. 6.



pronunciado el CERD y ha establecido que las personas afrodescendientes tienen derecho a ejercer, sin discriminación alguna, individual o colectivamente con otros miembros del grupo, una serie de derechos entre los que se encuentra “el derecho a que se les consulte previamente cuando se tomen decisiones que puedan afectar a sus derechos, de conformidad con las normas internacionales”, como se señaló anteriormente.<sup>79</sup>

### *Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*

El Convenio 169 de la OIT es un instrumento relevante en cuanto al reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. Estas bases se establecen en los artículos 6 y 7 de este Convenio:

#### **Artículo 6**

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.

<sup>79</sup> ONU, CERD, *Recomendación general No. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes*, op. cit., párr. 4d.

## Artículo 7

1. Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.<sup>80</sup>

A partir de estos artículos se han determinado varios elementos sobre el derecho a la consulta. En primer lugar, se le reconoce como la base del Convenio 169, es decir, las medidas adoptadas para su aplicación deberán ser planificadas, coordinadas, ejecutadas y evaluadas en cooperación con los pueblos indígenas y tribales, para lo cual los Estados deben establecer mecanismos efectivos de consulta y de participación<sup>81</sup> de manera sistemática y coordinada en cooperación con los pueblos indígenas y tribales<sup>82</sup> respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, artículos 6 y 7.

<sup>81</sup> OIT, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT, op. cit.*, p. 6.

<sup>82</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países* [en línea]. Doc. ILC.100/III/1A. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, p. 864. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_151559.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf)>. [Consulta: 31 de julio, 2015.]

<sup>83</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, artículo 6.1a.

De acuerdo con el Convenio 169 este derecho a la consulta no se puede plantear como una decisión dicotómica entre un sí y un no respecto de la obtención del consentimiento ni como una justificación de las decisiones de una mayoría, porque de esta manera se perdería de vista el objetivo del derecho a la consulta. La consulta es “una forma clave de diálogo que sirve para armonizar los intereses contrapuestos y evitar, así como también resolver, conflictos”.<sup>84</sup> Su objetivo es garantizar que los pueblos tribales e indígenas participen efectivamente en un proceso de diálogo, de intercambio verdadero y de buena fe entre los diferentes interlocutores, que lleve a la toma de decisiones y procesos que impacten directamente en su forma de vida y ejerzan control sobre su desarrollo económico, social y cultural.

Las consultas deben realizarse a través de las instituciones representativas determinadas a través de los procesos apropiados instaurados por los pueblos indígenas y tribales.<sup>85</sup> Sin embargo, se ha determinado que no existe un modelo único de procedimiento de consulta, ya que para ello se deben tener en cuenta las circunstancias nacionales, las circunstancias de los pueblos indígenas o tribales y la naturaleza del hecho que será consultado.<sup>86</sup>

Respecto de los objetivos de la consulta es claro que el Convenio se refiere a *todas* las medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas y tribales. Sin embargo, se deberá hacer especial énfasis en las materias y actos relacionados con recursos y subsuelo, enajenación de tierras, medidas educativas y alfabetización.<sup>87</sup>

<sup>84</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, op. cit., p. 60.

<sup>85</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre pueblos indígenas y tribales en Países Independientes, op. cit., artículo 6.2.a.

<sup>86</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, 2011*, op. cit., p. 864.

<sup>87</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, op. cit., artículos 15.2, 17.2, 27.3 y 28.1.

El derecho a la consulta se debe realizar de buena fe<sup>88</sup> (esto se desarrollará más adelante), debe ser un diálogo genuino entre los pueblos indígenas y tribales y el Estado, que se caracterice “por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y la buena fe, con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.<sup>89</sup> En ese sentido, a fin de que los mecanismos y procedimientos de consulta resulten aceptables para las partes involucradas y deriven en un consenso entre éstas, el consentimiento para su realización debe permitir la plena expresión de la opinión de los pueblos consultados, debe realizarse con suficiente antelación y llevarse a cabo sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas.<sup>90</sup> Cabe mencionar que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha interpretado la obligación del Estado de realizar consultas,<sup>91</sup> señalando que éstas “no imponen la búsqueda de un acuerdo [simplemente] tienen la finalidad de ayudar a la autoridad competente para que pueda tomar una decisión”,<sup>92</sup> sin que esto se interprete únicamente como un gesto simbólico.

<sup>88</sup> *Ibid.*, artículo 6.1.a.

<sup>89</sup> OIT, Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, *Observación individual a Bolivia sobre el Convenio 169* [en línea]. Adopción: 2004. Publicación: 93ª reunión de la CIT, 2005. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2243444](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2243444)>. [Consulta: 31 de julio, 2015.]

<sup>90</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países* [en línea]. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009, p. 731. <[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_103488.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>91</sup> OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (no. 144) y relativas a la Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976 (no. 152). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* [en línea]. Ginebra, OIT, 2000. <<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663%282000-88-1B%29114.pdf>>. [Consulta: 27 de agosto, 2015.]

<sup>92</sup> *Ibid.*, p. 18.

La interpretación del Comité de Expertos opta por la posición de que “el resultado de las consultas no debería considerarse como obligatorio”,<sup>93</sup> lo que es un indicativo de que puede ser aplicada simplemente como un mecanismo informativo que permita a las personas consultadas emitir únicamente una opinión, pero que no tendrá peso alguno en la decisión final: “lo importante es que las personas consultadas tengan la posibilidad de hacer valer su opinión antes de que el gobierno tome la decisión definitiva”.<sup>94</sup>

En este sentido, el Comité de Expertos expresa que el poder de decisión está en manos de las autoridades encargadas de ejecutar o no la actividad sobre la que se consulte, pues “las autoridades públicas deben proceder a efectuar consultas de buena fe, pero no tienen la obligación de atenerse a las opiniones recogidas y siguen siendo enteramente responsables de la decisión”.<sup>95</sup>

### *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no es un instrumento de carácter vinculante, sin embargo, el haber sido aprobada por una gran mayoría de países (143) de la Asamblea General de la ONU en 1997 y ser resultado de un largo proceso de veinte años de diálogo entre representantes de los pueblos indígenas y de los Estados, le otorga un peso político y moral indiscutible que, al vincularse con otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT o la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD), la dotan de fuerza jurídica suficiente para transformar la estructura política, jurídica y social en aquellos países que la han aprobado, ade-

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 18.

más de que puede ser utilizada para complementar e interpretar los derechos indígenas existentes. México fue uno de los países protagonistas en la discusión de la Declaración, votando a favor de su aprobación en la Asamblea General, por lo que también adquiere un compromiso ético de cumplimiento.

Esta Declaración reconoce los derechos básicos de los pueblos indígenas “en el marco del principio general del derecho a la libre determinación, siendo éstos el derecho a la igualdad y a la no discriminación; el derecho a la integridad cultural; el derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales; el derecho al autogobierno y a la autonomía; el derecho al consentimiento previo, libre e informado, entre otros”.<sup>96</sup>

Además, la Declaración introduce una de las demandas hechas por el movimiento indígena internacional al grupo de trabajo que elaboró el documento, con relación a que, en algunos casos, es necesario que se obtenga de los pueblos indígenas el consentimiento previo, libre e informado.<sup>97</sup>

De manera general, el artículo 19 de la Declaración dispone 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”.<sup>98</sup> Y, de manera particular, la Declaración reconoce el derecho de los pueblos a ser consultados y al consentimiento previo en los casos siguientes:<sup>99</sup>

<sup>96</sup> ONU, “Marco Normativo del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [en línea]. <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015].

<sup>97</sup> ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, artículo 19.

<sup>98</sup> *Idem.*

<sup>99</sup> *Ibid.*, artículos 10, 11, 15, 17, 28, 29, 30, 32, 36, 38.

- › Afectación en sus bienes culturales, intelectuales, religiosos o espirituales (artículo 11).
- › En las medidas para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación (artículo 15).
- › Políticas sobre niños y niñas indígenas contra la explotación económica (artículo 17).
- › Tierras y territorios que sufran cualquier tipo de afectación (artículo 28)
- › Almacenamiento de materiales peligrosos en sus territorios (artículo 29).
- › Utilizar sus tierras y territorios para actividades militares (artículo 30).
- › Aprobación de proyectos que afecten sus tierras o territorios, particularmente en relación con el desarrollo, la explotación de recursos minerales e hídricos (artículo 32).
- › Respecto a las medidas para facilitar la cooperación, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social (artículo 36).
- › En las medidas encaminadas a la adopción de la Declaración (artículo 38).

### *Declaración y Programa de Acción de Durban*

La Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de la ONU, celebrada en Durban, Sudáfrica, en 2001, solicita a los Estados la adopción de medidas y planes de acción, incluidas las medidas positivas, a fin de garantizar la no discriminación, en particular sobre el acceso a los servicios sociales, la vivienda, la educación y la atención de la salud, por lo que los Estados que la firmaron están obligados a informar y presentar avances en su ejecución. En la Declaración se insta a los Estados a

que adopten o sigan aplicando medidas constitucionales, administrativas, legislativas y judiciales y todas

las disposiciones necesarias para promover, proteger y garantizar el ejercicio por los pueblos indígenas de sus derechos, así como para garantizarles el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales sobre la base de la igualdad, la no discriminación y la participación plena y libre en todas las esferas de la sociedad, en particular en los asuntos que les afectan.<sup>100</sup>

En relación con el derecho a la consulta pide a los Estados que “consulten a los representantes indígenas en el proceso de adopción de decisiones relativas a las políticas y medidas que les afecten directamente”.<sup>101</sup>

### *Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*

Desde la creación del mandato de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, actualmente Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas,<sup>102</sup> la consulta previa se ha convertido en una de las preocupaciones fundamentales en la elaboración de estudios, recomendaciones,

<sup>100</sup> ONU, *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* [en línea]. Doc. A/CONF.189/12, Durban, Sudáfrica, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001, párr. 15 a. <<http://www.un.org/spanish/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>101</sup> *Ibid.*, párr. 22 d.

<sup>102</sup> La Comisión de Derechos Humanos decidió nombrar en 2001 un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, como parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión. El primer Relator fue el antropólogo mexicano Rodolfo Stavenhagen. El mandato del Relator Especial fue renovado posteriormente por la Comisión de Derechos Humanos en 2004 y por el Consejo de Derechos Humanos en 2007. Actualmente el cargo lo ostenta la Sra. Victoria Tauli Corpuz. Véase <<http://www.ohchr.org/SP/Issues/PueblosIndigenas/SRIIndigenousPeoples/Paginas/SRIPeoplesIndex.aspx>>.



informes anuales, temáticos o por país. En seguimiento a sus recomendaciones, la Relatoría ha prestado asistencia técnica y ha elaborado comentarios en relación con propuestas sobre reglamentación e incorporación normativa del derecho a la consulta y el consentimiento previo en las legislaciones nacionales.

En el informe temático *El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades*, realizado en 2003, manifestó 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”,<sup>103</sup> y que éste, “así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos”.<sup>104</sup>

En 2007 la Relatoría instó a los Estados a no imponer proyectos económicos desde afuera y a garantizar que los contenidos y procedimientos de éstos sean participativos y que, por lo tanto, cuenten con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo, de tal forma que se le dé prioridad a las políticas de desarrollo identificadas por los mismos pueblos indígenas.<sup>105</sup>

Para los efectos de la agenda legislativa y en relación con la reglamentación del derecho a la consulta, existen tres documentos

<sup>103</sup> ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2002/65 de la Comisión* [en línea]. Doc. E/CN.4/2003/90, 2003, párrs. 66 y 73. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4359.pdf?view=1>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>104</sup> *Idem*.

<sup>105</sup> César Rodríguez Garavito et al., *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional* [en línea]. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010, p. 28. <[http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La\\_consulta\\_previa\\_a\\_pueblos\\_indigenas.pdf](http://www.banrepcultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

que la Relatoría ha elaborado y que son fundamentales para entender los alcances, principios, propósitos y procedimientos recomendables para la aplicación, incorporación y desarrollo de contenidos del derecho a la consulta por las legislaciones nacionales:

- ▶ *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile.*<sup>106</sup>
- ▶ *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el proceso de consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes en Guatemala.*<sup>107</sup>
- ▶ *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica.*<sup>108</sup>

En el primer documento se desarrollan los fundamentos del derecho a la consulta en procesos legislativos y de reforma constitucional, asegurando que: “el ejercicio del deber de consul-

<sup>106</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile* [en línea]. 24 de abril de 2009. <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>107</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [Guatemala]*. 1 de marzo de 2011.

<sup>108</sup> Este proyecto, promovido por el Instituto Costarricense de Electricidad, tiene como objetivo la construcción de una presa hidroeléctrica sobre el río Grande de Térraba, que afecta territorios indígenas. ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica* [en línea]. 30 de mayo de 2010. <<http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoElDiquis30-5-11.pdf>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

tar a los pueblos indígenas del país en relación con las medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente corresponde principalmente al Poder Legislativo”.<sup>109</sup> Asimismo, se proponen algunos procedimientos para alcanzar acuerdos aun cuando la medida sea una reforma constitucional.

Por otro lado, el gobierno de Guatemala, en seguimiento a las recomendaciones que emitió el Relator en su visita al país en junio de 2011, inició la discusión sobre la aprobación de un Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT, solicitando al Relator comentarios sobre la propuesta de borrador, quien en su oportunidad señaló que

Independientemente de los contenidos de cualquier borrador de reglamento que se presente, el proyecto no podrá cumplir con los estándares internacionales si el mismo no es sometido a un proceso adecuado de consulta previa con los pueblos indígenas [...] Resulta necesario iniciar un proceso de diálogo con los pueblos indígenas a través del cual ellos mismos puedan opinar e influir en la elaboración del proyecto. Una consulta de esta naturaleza, que debe pretender alcanzar un consenso entre los pueblos indígenas y los poderes del Estado competentes en torno al contenido del futuro procedimiento de consulta, es exigida y regulada por los estándares internacionales.<sup>110</sup>

<sup>109</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, op. cit., párr. 43.

<sup>110</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Guatemala)*, op. cit., p. 6.

Esta experiencia podría ser de gran utilidad para el Poder Legislativo mexicano al momento de legislar en esta materia.

*Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas  
de la Organización de las Naciones Unidas*

El Foro Permanente es un órgano asesor del Consejo Económico y Social, con el mandato de examinar y discutir las cuestiones indígenas en el contexto de las atribuciones del Consejo relativas al desarrollo económico y social, la cultura, la educación, la salud, el medio ambiente y los derechos humanos.<sup>111</sup>

Este Foro organizó el Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas en 2005, con el fin de evaluar los instrumentos y prácticas relacionados con el consentimiento libre, previo e informado, identificar los retos existentes sobre el tema y hacer recomendaciones acerca del contenido del concepto y las posibles metodologías para aplicarlo. En el taller se reconocieron varias áreas en las cuales es relevante lograr el consentimiento libre, previo e informado, especialmente en lo relacionado con tierras y territorios, lugares sagrados, acuerdos y arreglos entre Estados y los pueblos indígenas, la exploración o explotación de recursos o territorios indígenas, acceso a recursos naturales o conocimiento indígena, los proyectos de desarrollo que puedan afectar a los pueblos, estudios realizados sobre posibles impactos en los pueblos, políticas y legislación relacionadas o con posibles

<sup>111</sup> El Foro Permanente está integrado por 16 expertos independientes, que actúan a título personal y quienes sirven por un periodo de tres años en calidad de miembros, con posibilidad de reelección. Los miembros expertos representan a las siete regiones socio-culturales reconocidas por la ONU: África; el Ártico; Asia; Europa Oriental, Rusia, Asia Central y Transcaucasia; Centro, Sudamérica y el Caribe; América del Norte, y el Pacífico. La primera sesión fue en 2002, y desde entonces realiza sesiones anualmente. Véase ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas [en línea]. <<http://social.un.org/index/indigenouses/>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

efectos a los pueblos indígenas y políticas de reasentamiento de los pueblos.<sup>112</sup>

### *Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*

El Mecanismo de Expertos “proporciona asesoría temática al Consejo de Derechos Humanos de la ONU en forma de estudios e investigación sobre los derechos de los pueblos indígenas de acuerdo con la manera y forma solicitadas por el Consejo. El Mecanismo de Expertos puede también presentar propuestas al Consejo para que éste las examine y apruebe”.<sup>113</sup>

En el 18º periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, el Mecanismo de Expertos presentó el *Informe definitivo del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones*.<sup>114</sup> En el estudio se definen buenas prácticas para el ejercicio del derecho a participar de los pueblos indígenas, tomando ejemplos, por un lado, de las instituciones y procesos internos de adopción de decisiones de los pueblos indígenas en el mundo y, por el otro, de los mecanismos de adopción de decisiones vinculados con las instituciones y los procesos estatales que afectan a estos pueblos. También se brindan ejemplos de su participación en la gestión de asuntos públicos.

<sup>112</sup> ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Informe del Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas del 17 a 19 de enero de 2005* [en línea]. Nota de información preparada por la Secretaría de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 10 de enero de 2005. <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop\\_FPIC\\_WIPO\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_FPIC_WIPO_es.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>113</sup> ONU, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea]. <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIS\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRIS_SP.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>114</sup> ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe definitivo del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones* [en línea]. Doc. A/HRC/EMRIP/2011/2, 4º periodo de sesiones, 26 de mayo de 2011. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate_sp.pdf)>. [Consulta: 27 de octubre, 2015.]

### *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

El derecho a la consulta de pueblos indígenas y afrodescendientes se ha desarrollado en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos a partir de varios casos que han sentado jurisprudencia. Si bien en esos casos no ha estado involucrado el Estado mexicano, es necesario recordar que, de acuerdo con jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que se analiza en este apartado, los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH son vinculantes para los operadores jurídicos nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Los operadores jurídicos mexicanos, cuando se trata de la jurisprudencia interamericana deben atender a lo siguiente:

- (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento;
- (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional;
- y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.<sup>115</sup>

<sup>115</sup> Tesis P./J. 21/2014 (10a.) JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* [en línea]. México, SCJN, abril 2014, décima época, libro 5, Tomo I, Pleno. Registro No. 2006225. <[101](http://200.38.163.178/sjfsist/(F{5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcq1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYL8_tC5Mvotq0Sc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfhjUNa9hai0uio5ms98-ASI-RAU2E3TA81})/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apndice=1000000000000&Expresion=en%2520vinculante%2520para%2520los%2520jueces%2520mexicanos&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=8&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2006225&Hit=2&IDs=2006902,2006225,2003156,2002271,2002268,2001299,2001510,161331&tptoTesis=&Semanario=0&tabla=> [Consulta: 20 de febrero, 2015]</a></p>
</div>
<div data-bbox=)

En el ámbito de competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), diferentes informes de este organismo han señalado que los Estados tienen la obligación de consultar y garantizar la participación de los pueblos tribales en las decisiones que afecten sus territorios y recursos naturales.<sup>116</sup>

Según las interpretaciones de la Corte IDH, el derecho a la consulta de los pueblos tribales se encuentra fundamentado en el artículo 23 de la CADH, que se refiere al derecho a la participación de todos los ciudadanos.<sup>117</sup> Asimismo, el derecho a la consulta se relaciona estrechamente con el derecho a su autodeterminación, con la protección del derecho a la propiedad de los pueblos tribales sobre las tierras,<sup>118</sup> así como con el derecho a la identidad cultural, ya que las tradiciones y costumbres de un pueblo se pueden ver afectadas por las decisiones relacionadas con los territorios.<sup>119</sup> En este sentido, la CIDH establece la obligación de los Estados de consultar a los pueblos conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario, sobre las decisiones que afecten sus territorios y los recursos naturales que en ellos se encuentren, así como otros temas susceptibles de afectarlos.<sup>120</sup> La consulta debe ser previa, culturalmente adecuada, informada, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo.

<sup>116</sup> CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1071. Citado en CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 273.

<sup>117</sup> Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127. Citado en CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 274.

<sup>118</sup> CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 155. Citado en CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 275.

<sup>119</sup> CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1050. Citado en CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 276.

<sup>120</sup> CIDH, *Informe de seguimiento acceso a la justicia e inclusión social. El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II.135, Doc. 40,

### *Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas*

Dentro de la CIDH se encuentra la Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas,<sup>121</sup> creada en 1990 con el objetivo de “brindar atención a los pueblos indígenas de América que se encuentran especialmente expuestos a violaciones de derechos humanos por su situación de vulnerabilidad y de fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia CIDH en el área”.<sup>122</sup>

La CIDH elaboró dos informes de fondo sobre casos relevantes al derecho a la consulta relacionados con el derecho a la tierra en Honduras y Panamá y un tercer informe que recopila las normas y jurisprudencia aplicables al caso del derecho a la consulta. En 2012, la CIDH elaboró el Informe No. 76/12, sobre la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz, ubicada en Honduras, y sus Miembros,<sup>123</sup> el cual comprende diversos episodios de transgresión territorial, como es la apropiación de su “hábitat funcional”. El caso evidencia la falta de una consulta previa, libre e informada respecto de la comunidad garífuna de Triunfo de la Cruz y sus miembros en relación con:

la adopción de decisiones que afectan el territorio que han ocupado históricamente, incluyendo la ejecución de proyectos y megaproyectos turísticos, la creación de un área protegida en parte del territorio ancestral y las ventas de tierras comunitarias. Asimismo, la comunidad no ha contado con un recurso que tome en cuenta sus particularidades, sus características económicas

7 de agosto de 2009, párr. 158. Citado en CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 273.

<sup>121</sup> Actualmente, la Relatora sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es la Comisionada Rose-Marie Belle Antoine, designada por la CIDH el 30 de enero de 2014.

<sup>122</sup> Organización de los Estados Americanos (OEA), “Derechos de los Pueblos Indígenas” [en línea]. <<http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/default.asp>>. [Consulta: 25 de julio, 2015.]

<sup>123</sup> CIDH, *Informe No. 76/12, Caso 12.548, Fondo, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros, Honduras*, 7 de noviembre de 2012. <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.548FondoEsp.doc>>. [Consulta: 28 de octubre, 2015.]



y sociales, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres en el marco de los procesos relativos a la propiedad colectiva.<sup>124</sup>

El segundo informe versa sobre los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano y sus Miembros,<sup>125</sup> ambos ubicados en Panamá. Este caso tiene como esencia la omisión al reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de esos pueblos indígenas, ya que se presentó el incumplimiento por parte del Estado de Panamá del pago de indemnizaciones económicas derivadas del despojo e inundación de los territorios ancestrales de las víctimas a partir de 1969, entre otros aspectos.<sup>126</sup> Esto generó un serio impacto a los medios de subsistencia tradicional, así como a la vida social y cultural que representan las violaciones a los derechos indígenas derivadas de la omisión al acceso pleno a la consulta de esos pueblos indígenas.

El tercero de los documentos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*,<sup>127</sup> es una recopilación de normas y jurisprudencia interamericana fundamental para la comprensión de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes. En este documento se analizan las fuentes de los derechos territoriales y se replantea el problema de una definición de estos pueblos. Además, distingue entre las tierras, los territorios y los recursos naturales. Esta distinción es fundamental por lo que se refiere al

<sup>124</sup> OEA, “CIDH presenta caso sobre Honduras a la Corte IDH”, en “Comunicados de prensa” [en línea]. Washington, D. C., 4 de abril de 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/021.asp>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>125</sup> CIDH, *Informe No. 125/12, Caso 12.354, Fondo, Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Embera de Bayano y sus Miembros*, Panamá, 13 de noviembre de 2012. <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.354FondoEsp.doc>>. [Consulta: 28 de octubre, 2015.]

<sup>126</sup> OEA, “CIDH presenta caso sobre Panamá a la Corte IDH”, en “Comunicados de prensa” [en línea]. Washington, D. C., 4 de abril de 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/022.asp>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>127</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, *op. cit.*

derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de comunidades indígenas y afroamericanas. En ese sentido, la CIDH ha señalado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales y de sus miembros se extienden sobre la superficie terrestre, así como sobre los recursos naturales que están sobre dicha superficie y en el subsuelo. Integralmente, las tierras y recursos naturales que en ellas se contienen conforman la noción jurídica de territorio.

La CIDH ha valorado positivamente la incorporación legislativa de “un concepto amplio de tierra y territorios indígenas, incluyendo dentro de esta última categoría, no solamente los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso”, por considerar que “esta visión es acorde con la realidad cultural de los pueblos indígenas y su relación especial con la tierra y el territorio, así como los recursos naturales y el medio ambiente en general”. La ocupación de un territorio por parte de un pueblo o comunidad indígena no se restringe al núcleo de sus casas de habitación; “por el contrario, el territorio incluye un área física conformada por un núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural”. En esta misma medida, la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios no se limita a las aldeas o asentamientos específicos; el uso y ocupación territorial por los pueblos indígenas y tribales “va más allá del establecimiento de aldeas específicas e incluye tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y otros fines”; los derechos de los pueblos indígenas y tribales abarcan el territorio como un todo.<sup>128</sup>

<sup>128</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 40.

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*,<sup>129</sup> la Corte IDH determinó los criterios más importantes de protección de este derecho. De acuerdo con estos criterios, en casos de planes de desarrollo o inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, el Estado tiene el deber no sólo de consultar con la comunidad, sino también “debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones”.<sup>130</sup>

En este caso fue la primera vez en el derecho internacional que se reconoció el derecho que tienen los pueblos indígenas y afrodescendientes de que, tratándose de proyectos de gran escala, la sola consulta no sea suficiente, sino que además debe ser necesario dar un paso más, esto es, obtener el consentimiento previo, libre e informado, ampliando así el ámbito de protección de la consulta. Esto, por supuesto, en casos donde la subsistencia misma del pueblo indígena o afrodescendiente está en peligro. Es importante reiterarlo, en concreto para el Estado mexicano, en el sentido de que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante siempre y cuando favorezca más a las personas,<sup>131</sup> lo que sucede en este caso. De acuerdo con la Corte IDH, el consentimiento tiene que ser obligatorio precisamente cuando de la consulta depende la sobrevivencia del pueblo o comunidad o el ejercicio de otros derechos.

La Corte IDH ha exigido consultas previas y acciones encaminadas a lograr el consentimiento de los pueblos indígenas y afrodescendientes en casos relacionados con la entrega de tie-

<sup>129</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [en línea]. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 134. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>. [Consulta: 4 de julio, 2015.]

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> Tesis P./J. 21/2014 (10a.) JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, *op. cit.*

rras e indemnizaciones, las cuales deben ser acordadas con ellos, conforme sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario, lo que permitirá garantizar la participación de los pueblos en todas las instancias de toma de decisiones relacionadas con sus tierras y la explotación de los recursos naturales que se encuentren en ellas. Las consultas informadas y el consentimiento libre, previo e informado como fin último de las consultas también figuran en la jurisprudencia de la Corte IDH, así como la necesidad de que la representación de estos pueblos durante los procesos de consulta debe ser determinada por el mismo pueblo, de conformidad con su tradición y la voluntad de todos sus integrantes.<sup>132</sup>

La Corte IDH se ha pronunciado incluso en el sentido de que se debe consultar con los pueblos indígenas y afrodescendientes en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no sólo cuando se necesite la aprobación de la comunidad, ello debido a que el aviso da espacio a la discusión interna de las comunidades y abre la oportunidad de dar respuesta oportuna al Estado.<sup>133</sup> También ha señalado que en materia legislativa los procesos de consulta deben realizarse previamente en todas las fases de la elaboración de leyes y no sólo restringirse a la etapa de propuestas e iniciativas, sino antes y durante la actividad legislativa.<sup>134</sup>

## Elementos del derecho a la consulta

### Sujetos titulares del derecho a la consulta

La consulta previa debe llevarse a cabo en las comunidades y los pueblos indígenas y afroamericanos a través de las personas que

<sup>132</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 287.

<sup>133</sup> Corte IDH, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* [en línea]. Sentencia de 27 de junio de 2012, párr. 180. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>. [Consulta: 15 de julio, 2015.]

<sup>134</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, op. cit., párr. 133.

las representen legítimamente y las personas u organizaciones que ellas mismas designen para tal efecto.<sup>135</sup> Al respecto, el Convenio 169 señala que se debe realizar “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas”.<sup>136</sup> Por otro lado, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que se “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”.<sup>137</sup>

“Si bien se reconoce que la forma representativa de los pueblos indígenas en sí misma es diversa y que la representatividad no debe ser un concepto rígido, los órganos de control de la OIT han establecido que lo importante es que las instituciones representativas sean el fruto de un proceso propio, interno, de los pueblos indígenas”.<sup>138</sup>

Por su parte, la Corte IDH, en la citada sentencia del *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, señaló que “el Estado tiene la obligación de consultar con el pueblo para efectos de cumplir con varios de los puntos ordenados en la Sentencia, y que los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu estarán involucrados en dichas consultas”, y reconoció que “es el pueblo Saramaka y no el

<sup>135</sup> Andrés Cabañas, “Democracia, diálogo y desarrollo, según Hidro Santa Cruz”, en *Albedrio. Revista electrónica de discusión y propuesta social* [en línea]. 2013, año 9. <<http://www.albedrio.org/html/articulos/a/acabanas-147.html>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>136</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, párr. 6.

<sup>137</sup> ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, artículo 19.

<sup>138</sup> César Rodríguez Garavito *et al.*, *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, *op. cit.*, p. 69.

Estado, quien debe decidir sobre quién o quiénes representarán al pueblo Saramaka en cada proceso de consulta ordenado”.<sup>139</sup>

Dentro de los puntos ordenados por la sentencia, en la fase de reparaciones, el Estado de Surinam debe: 1. Delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka. 2. Otorgar a los miembros del pueblo Saramaka el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente a la comunidad que ellos integran, con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones, mediante la adopción de medidas legislativas o de otra índole que reconozcan y tomen en cuenta el modo particular en que el pueblo Saramaka se percibe como colectivamente capaz de ejercer y gozar del derecho a la propiedad. Es obligación del Estado establecer las condiciones judiciales y administrativas necesarias para garantizar la posibilidad de reconocimiento de su personalidad jurídica. 3. Eliminar o modificar las disposiciones legales que impiden la protección del derecho a la propiedad de los miembros del pueblo Saramaka. 4. Adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole para garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado. 5. Realizar estudios de impacto ambiental y social mediante entidades técnicamente capacitadas e independientes. 6. Asignar las cantidades fijadas en la sentencia como indemnización por el daño material e inmaterial a un fondo de desarrollo comunitario para los miembros del pueblo de Saramaka.<sup>140</sup>

Por su parte, la Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sostiene que

<sup>139</sup> “Interpretación de la sentencia en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” [en línea]. <<http://www.derechos.org/nizkor/econ/saramaka1.html>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>140</sup> Corte IDH, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos humanos del 23 de noviembre de 2011. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia* [en línea], pp. 1-2. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka\\_23\\_11\\_11.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_23_11_11.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

las características específicas de la consulta a los pueblos indígenas variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del alcance de su impacto sobre los pueblos indígenas. Las medidas de reforma constitucional o legislativa que interesan o afectan a todos los pueblos indígenas de un país requerirán mecanismos consultivos y representativos apropiados que estén de alguna manera abiertos a todos ellos y a su alcance. En cambio, las medidas que afecten a pueblos o comunidades indígenas particulares, como las iniciativas para la actividad de extracción de recursos naturales en sus territorios, requerirán procesos de consulta que garanticen la participación activa de los grupos particularmente afectados y presten atención especial a sus intereses.<sup>141</sup>

En relación con la representatividad de los pueblos indígenas, cuando se trata de medidas legislativas de gran alcance, como sería el caso de una reforma constitucional, la jurisprudencia de los órganos de control normativo de la OIT ha dicho que “el principio de representatividad es un componente esencial de la obligación de consulta, pudiera ser difícil en muchas circunstancias determinar quién representa a una comunidad en particular [...] si no se desarrolla un proceso de consulta adecuado con las instituciones u organizaciones indígenas verdaderamente representativas de las comunidades afectadas, la consulta encaminada no cumpliría con los requisitos del Convenio”.<sup>142</sup>

<sup>141</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya* [en línea]. Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>142</sup> OIT, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo*

Es fundamental cerciorarse de que la consulta se lleve a cabo con las instituciones realmente representativas de los pueblos interesados. Así lo afirmó el Consejo de Administración de la OIT cuando sindicatos y organizaciones indígenas de nuestro país acusaron al Estado mexicano por incumplimiento del Convenio 169 en relación con la obligación de consultar a los pueblos indígenas en ocasión de la reforma en materia indígena de 2001: *“las reformas constitucionales [...] constituyen medidas legislativas en el sentido del artículo 6 y por lo tanto entran indiscutiblemente en el ámbito de este artículo del Convenio”*.<sup>143</sup> No obstante, el Comité señaló que la consulta podría haber sido más adecuada si se hubieran establecido previamente criterios claros en cuanto a la forma cómo se llevaría a cabo, así como la representatividad. En este sentido, el Relator de las Naciones Unidas para los derechos de los pueblos indígenas ha propuesto algunos criterios mínimos de representatividad:

- Dependen contextualmente del alcance de las medidas a ser consultadas.
- Deben atenerse a criterios sistemáticos y preestablecidos.
- Deben incluir distintas formas de organización indígena, siempre que respondan a procesos internos de estos pueblos.

24 de la Constitución de la OIT por nueve organizaciones de trabajadores [en línea]. Doc. GB. GB.285/19, Consejo de Administración, 289ª reunión, marzo, 2004. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507439,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507439,es:NO)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>143</sup> OIT, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (Sitrajor)* [en línea]. Doc. GB.282/15/3, Consejo de Administración, 289ª reunión, marzo, 2004. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507231,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es:NO)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]



- › Conforme a los principios de proporcionalidad y no discriminación, deben responder a una pluralidad de perspectivas identitarias, geográficas y de género.<sup>144</sup>

## La obligación estatal de consultar

En el derecho internacional de los derechos humanos está firmemente asentada la obligación que tienen los Estados de consultar a los pueblos indígenas y tribales con carácter previo a la adopción de medidas legislativas, administrativas o políticas que afecten directamente sus derechos y sus intereses.<sup>145</sup>

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Estado tiene el deber principal y directo de consultar; su incumplimiento deviene en responsabilidad internacional para el Estado y podría traer como consecuencia la nulidad de la medida, ley o acto. Así, el Estado mexicano es quien tiene la obligación de garantizar el ejercicio de este derecho a partir de mecanismos previamente acordados.

La obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas y afrodescendientes en relación con toda decisión administrativa o legislativa susceptible de afectarles directamente es un elemento necesario para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, por lo que se debe procurar que el procedimiento consultivo en sí sea resultado del consenso.<sup>146</sup> Es decir, que exista un acuerdo previo sobre los mecanismos y principios que deben seguirse en cualquier procedimiento de consulta.

<sup>144</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, op. cit., párr. 31.

<sup>145</sup> *Ibid.*, párr. 6.

<sup>146</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, op. cit., párr. 51.

Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (OACNUDH) sostiene que la consulta tiene tres premisas fundamentales:

la primera es que la consulta es un derecho internacionalmente reconocido a favor de pueblos indígenas, y, como tal, es obligación de los Estados garantizar su observancia en el ámbito interno; la segunda es que la consulta está prevista para escuchar la voz de los pueblos ante aquellas situaciones que impliquen una afectación a sus derechos e intereses, pudiendo ser éstas: reformas legales, implementación de proyectos extractivos y de aprovechamiento de recursos naturales y/o cualquier otro proyecto de desarrollo; la tercera es que la consulta implica establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos, con el objetivo de poner fin a la exclusión en la toma de decisiones.<sup>147</sup>

Dentro del derecho internacional, “la obligación de garantizar que se efectúen las consultas adecuadas recae en los gobiernos y no en particulares o empresas privadas”,<sup>148</sup> pues es el Estado el que debe garantizar la transparencia, las medidas de consulta y participación necesarias en un proceso de consulta; no es un deber que pueda eludirse delegándolo a una empresa privada u otra entidad.<sup>149</sup> La Relatoría de las Naciones Unidas en su Informe de 2009 señaló que:

<sup>147</sup> ONU-DH México. *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 10.

<sup>148</sup> OIT, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, op. cit., p. 61.

<sup>149</sup> Así lo refería en su Informe el anterior Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. Véase ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, op. cit., párrs. 54 al 57.

Frecuentemente las cuestiones que deben consultarse surgen cuando los gobiernos otorgan concesiones a empresas privadas para extraer recursos naturales, construir presas o realizar otros proyectos de desarrollo en tierras indígenas o en sus inmediaciones. A este respecto, el propio Estado tiene la responsabilidad de realizar o garantizar que se realicen debidamente consultas, incluso cuando, en la práctica, es una empresa privada la que promueve o realiza las actividades que pueden afectar los derechos y las tierras de los pueblos indígenas.<sup>150</sup>

Aunque el Estado es el responsable de que la consulta deba realizarse, en algunas opiniones se ha señalado que este derecho puede traducirse en la necesidad de que la entidad que lleve a cabo la consulta sea imparcial y no una cuyo mandato consista en la promoción e impulso de proyectos de generación de energía o de extracción de recursos del subsuelo, como sucede con las empresas paraestatales en México (véase el apartado Modelo normativo vigente).

### **Materias y actos que deben ser sometidos a consulta**

Sobre las materias o actos que deben ser consultados con los pueblos indígenas, el Convenio 169 de la OIT señala en el citado artículo 6 que “se debe consultar a los pueblos interesados [...] cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”.<sup>151</sup> Por otro lado, la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* establece que se “celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas

<sup>150</sup> *Ibid.*, párr. 54.

<sup>151</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, párr. 6.

legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.<sup>152</sup>

Los órganos de control normativo de la OIT y el propio Relator sobre pueblos indígenas se han pronunciado sobre el alcance de estas disposiciones, señalando que no deben entenderse de manera literal siempre que una decisión del Estado pueda afectarlos, pues prácticamente toda decisión legislativa o administrativa puede afectar de manera directa o indirecta a los pueblos indígenas, al igual que al resto de la población.

En lugar de ello y en relación con la fundamentación que hemos analizado hasta ahora, el Relator ha concluido que el deber de celebrar consultas “es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas de manera particular en modos que no son percibidos por otros individuos o colectivos de la sociedad”,<sup>153</sup> un ejemplo de ello sería la relación sagrada que los pueblos indígenas y afrodescendientes tienen con la tierra o si la medida provoca mayor marginación y discriminación de poblaciones que la han padecido de manera particular.

De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT, la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos indígenas adquiere especial relevancia en los casos siguientes:<sup>154</sup>

- › Al prever medidas legislativas o administrativas (artículo 6.1.a).
- › Explotación de los recursos del subsuelo pertenecientes al Estado que se encuentran en sus tierras y territorios (artículo 15.2).

<sup>152</sup> ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, op. cit., artículo 19.

<sup>153</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, op. cit., párr. 43.

<sup>154</sup> Cámara de Turismo de La Ceiba, *Guía de consultas para inversionistas. Proyectos responsables con los pueblos indígenas y afrohondureños* [en línea], pp. 4 y 5. <<http://www.camaradeturismodelaceiba.com/wp-content/uploads/2013/12/Guia-de-preguntas-sobre-el-Convenio-169.pdf>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

- › Al considerar la enajenación de las tierras de pueblos indígenas o la transmisión de sus derechos sobre estas tierras a personas extrañas a su comunidad (artículo 17).
- › Traslado y reubicación, los cuales sólo deberán efectuarse con consentimiento dado libremente y con pleno conocimiento de causa (artículo 16), en cuyo caso se requiere el consentimiento previo.
- › Organización y funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general (artículo 22.3).
- › Creación de instituciones y medidas educativas (artículo 27.3).
- › Adopción de medidas que permitan alfabetizar a los niños y niñas en su propia lengua (artículo 28.1).

## Procedimiento de la consulta

Uno de los primeros pasos —si no el más importante— para hacer efectivo el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y afrodescendientes es la definición de los procedimientos que hagan posible lograr el consenso de todas las partes interesadas a fin de crear un clima de confianza y diálogo entre el Estado y estos pueblos. En muchas ocasiones esto no se logra porque éstos no son incluidos en las discusiones que dan lugar a la definición y aplicación de los procedimientos de consulta.

En el informe anual de 2009, el entonces Relator Especial se manifestó al respecto, señalando que “para lograr un clima de confianza y respeto mutuo en las consultas, *el procedimiento consultivo en sí debe ser resultado del consenso*”.<sup>155</sup> Ello significa una obligación para ambas partes: por un lado, el Estado debe desplegar esfuerzos para definir en la ley los procedimientos de consulta y, por

<sup>155</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, op. cit.*, párr. 51.

otro, los pueblos indígenas y afrodescendientes deben revisar sus propios mecanismos de participación y toma de decisiones bajo los principios de respeto a los derechos humanos y no discriminación.

En ese sentido, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas insta a que las instituciones indígenas funcionen “de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos” (artículo 34)<sup>156</sup> y pide que se preste particular atención a “los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas con discapacidad indígenas” (artículo 22),<sup>157</sup> incluida la eliminación de todas las formas de discriminación y violencia contra los niños, las niñas y las mujeres indígenas.

A continuación algunos elementos que el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos indígenas ha señalado en relación con los procedimientos de consulta:

- › Las consultas deben realizarse en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.<sup>158</sup>
- › Los Estados deben definir en la ley los procedimientos de consulta requeridos para determinadas categorías de actividades, como las de extracción de recursos naturales, que se realizan en territorios indígenas o que los afectan.<sup>159</sup>

<sup>156</sup> ONU, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, op. cit., artículo 34.

<sup>157</sup> *Ibid.*, artículo 22.

<sup>158</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, op. cit., párr. 65.

<sup>159</sup> *Idem.*

- › Los procedimientos de consulta, previstos en leyes o reglamentos o en mecanismos especiales de consulta, deben ser elaborados en consulta con los pueblos indígenas.<sup>160</sup>
- › Las consultas deben responder a procedimientos más o menos formalizados, sistemáticos, replicables y transparentes. Este requisito responde a la necesidad de dotar de seguridad jurídica a todo acto del Estado, así como a los objetivos de adecuación y representatividad de las consultas a los pueblos indígenas, evitando arbitrariedades y conflictos innecesarios.<sup>161</sup>
- › La adopción de dichos procedimientos debería ser en sí mismo un proceso consensuado, con la participación activa de los pueblos indígenas.
- › El carácter del procedimiento de consultas y su objeto también están determinados por la naturaleza del derecho o el interés que esté en juego para los pueblos indígenas de que se trate y por el efecto previsto de la medida propuesta.<sup>162</sup>
- › El procedimiento de consulta debería ser flexible, de forma que permita, como norma general, consultas directas con las comunidades afectadas por las medidas propuestas, y excepcionalmente consultas indirectas en el seno del órgano creado para llevar a cabo la consulta.<sup>163</sup>

En una reclamación en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT, presentada contra Colombia por incumpli-

<sup>160</sup> *Idem.*

<sup>161</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [Guatemala]*, op. cit., párr. 34.

<sup>162</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*, op. cit., párr. 46.

<sup>163</sup> *Ibid.*, párr. 28.

miento del Convenio 169 de la OIT, un Comité Tripartito (CT) consideró que el concepto de consulta en virtud del Convenio debe comportar el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, que implique comunicación y entendimiento, respeto mutuo y buena fe, y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común. El CT llegó a la conclusión de que una reunión de mera información o reuniones o consultas llevadas a cabo después del otorgamiento de una licencia ambiental no satisfacen lo dispuesto en los artículos 6 y 15 del Convenio.<sup>164</sup>

Además de la iniciativa en materia de consulta de México, que se desarrollará más adelante, otros países de Latinoamérica han elaborado proyectos de leyes y reglamentos sobre el derecho a la consulta de los pueblos indígenas, como es el caso de Guatemala, Chile<sup>165</sup> y Perú.<sup>166</sup> Cabe señalar que en los dos primeros casos, los proyectos han sido cuestionados por ser contrarios a los contenidos del Convenio 169 de la OIT y porque no han sido consensuados con la participación activa de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

En el caso de la propuesta de Perú, las empresas mineras son las que se han opuesto a su aprobación. Si bien el Congreso aprobó la Ley de Consulta Previa, que otorga a los pueblos indígenas del país el derecho a pronunciarse sobre proyectos de carácter extractivo en sus territorios, el gobierno peruano se ha reservado

<sup>164</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, op. cit.

<sup>165</sup> Ministerio de Planificación, Subsecretaría de Planificación de la República de Chile, Decreto 124 de “Reglamento de consulta y participación de los pueblos indígenas en Chile” [en línea]. Santiago, Chile, 4 de septiembre de 2009. <<https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/ELECTRONIC/93952/110082/F955085585/CHL93952.pdf>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.] Este decreto ha sido calificado de arbitrario y que transgrede al Convenio 169, desconociendo los estándares internacionales del deber de consultar a los pueblos indígenas.

<sup>166</sup> Congreso de la República de Perú, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo [OIT] [en línea]. <<http://www.presidencia.gob.pe/ley-de-consulta-previa-promulgada-hoy-en-bagua>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]



su aplicación argumentando que “podría significar el veto a las futuras inversiones, como las mineras y petroleras”.<sup>167</sup>

El ex Relator James Anaya, en un peritaje sobre el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado que sostuvo en la Corte IDH en el estudio del caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*,<sup>168</sup> refiriéndose al momento en el que se debe iniciar el procedimiento de consulta, de manera muy precisa apuntó que:

cuando estamos hablando de la norma de la consulta y el consentimiento, previo, libre e informado, no estamos hablando de una decisión de sí o no frente a un proyecto ya desarrollado por el Estado, esa no es la idea, ese no es el concepto de la consulta con miras al consentimiento, según varias interpretaciones, esta norma implica un diálogo de buena fe entre las partes desde las etapas de la conformación de un proyecto, así que no cabe realmente hablar de la presentación de un proyecto ya conformado, ya elaborado y luego preguntarles sí o no, ese no es el espíritu de esta norma de la consulta.<sup>169</sup>

<sup>167</sup> S/a, “Congreso aprueba proyecto de Ley de Consulta Previa”, en *RPP Noticias* [en línea]. Lima, 23 de agosto de 2011. <[http://www.rpp.com.pe/2011-08-23-congreso-aprueba-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-noticia\\_397205.html](http://www.rpp.com.pe/2011-08-23-congreso-aprueba-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-noticia_397205.html)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>168</sup> Caso sentenciado por la Corte IDH. Véase Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones* [en línea]. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]

<sup>169</sup> “Consulta Previa, Peritaje de James Anaya durante la audiencia del caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Corte Interamericana de DDHH” [en línea]. Costa Rica, 7 de julio de 2011. <<http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/docs/1634-consulta-previa-james-anaya.html>>. [Consulta: 23 de febrero, 2015.]

## Condiciones y características de la consulta previa

### *La consulta de buena fe*

El artículo 6 del Convenio 169 de la OIT establece que “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”.<sup>170</sup> Esta característica es uno de los criterios mínimos que se debe respetar en el ejercicio del derecho a la consulta.

En concordancia con la anterior disposición, el artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas determina que “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de *buena fe* con los pueblos indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas y de aprobar proyectos que los afecten”.<sup>171</sup>

Este principio rector del derecho a la consulta también se menciona en la jurisprudencia de la Corte IDH:

En el ámbito del derecho, se entiende por *buena fe* la sinceridad u honestidad de las partes en su actuación; por lo tanto, podría aplicarse en este ámbito como la obligación del Estado de realizar la consulta en un clima de confianza, con la intención de tomar en cuenta la opinión que expresen los pueblos consultados sin que se les pretenda engañar, traicionar o brindar información sesgada o parcial. Con base en este principio, los procesos de consulta, así como la decisión de los pueblos que éstos arrojen, no deben considerarse una mera formalidad para legitimar los proyectos sometidos a

<sup>170</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, artículo 6.

<sup>171</sup> *Ibid.*, artículo 19.

su consulta. De acuerdo con la Relatoría Especial, el principio de buena fe exige “una atmósfera de respeto recíproco” y “una participación plena y equitativa”.<sup>172</sup>

Por otro lado, cabe señalar que el contenido del concepto de buena fe ha sido esclarecido por algunos pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, a través de los cuales se ha desarrollado el contenido del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT. Al respecto, en su observación individual sobre el Convenio 169 a Bolivia, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) de la OIT aclaró que “el concepto de la consulta a las comunidades indígenas comporta el establecimiento de un diálogo genuino entre ambas partes, caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común”.<sup>173</sup>

Por otra parte, el Tribunal Constitucional de Perú ha afirmado que el principio de buena fe conforma el núcleo esencial del derecho a la consulta:

El principio de buena fe debe ser comprendido como aquel que busca evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado, interferir u omitir cooperar con el desarrollo de la otra parte o la falta de diligencia en el cumplimiento de lo acordado. Con él se permite excluir una serie de prácticas, sutiles, implícitas o expresas, que pretendan vaciar de contenido el derecho de consulta. Tales prácticas están vedadas tanto para el Estado como para los pueblos indígenas o

<sup>172</sup> ONU-DH, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, op. cit., pp. 33 y 34. Cabe señalar que en virtud del derecho internacional, los tratados deben cumplirse de buena fe, según lo establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 en su artículo 26 en el principio *pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

<sup>173</sup> OIT, *Observación individual a Bolivia sobre el Convenio 169*, op. cit., párr. 6.

cualquier otro particular que intervenga en el proceso de consulta.<sup>174</sup>

La Relatoría sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas ha insistido en que los criterios de la consulta, como el de la buena fe, están incorporados para lograr un acuerdo entre las partes a fin de ver el procedimiento como un diálogo: “Esos principios han sido concebidos para crear un diálogo en que los Estados y los pueblos indígenas puedan trabajar de buena fe con miras al logro del consenso y procuren seriamente llegar a un acuerdo satisfactorio”.<sup>175</sup> Como se ha señalado, el deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas y afrodescendientes surge con la idea de poner fin a modelos históricos de discriminación y toma de decisiones que se han impuesto a estos pueblos afectando las condiciones de vida que amenazan su supervivencia.

En ese mismo sentido, la Relatoría sostuvo, en el informe sobre la situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, que el proceso de consulta consiste en un “diálogo intercultural de buena fe en el que se busque el consenso y el acomodo recíproco de los intereses legítimos de las partes”.<sup>176</sup>

La buena fe implica que tanto las autoridades del Estado como los pueblos indígenas deben encaminar sus esfuerzos a generar un clima de confianza y respeto mutuos. Esto significa

<sup>174</sup> Tribunal Constitucional de Perú, *Sentencia del Tribunal Constitucional. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tunama Tunama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo No. 1089* [en línea]. Exp. núm. 0022-2009-PI/TC. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>175</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, op. cit., párr. 49.*

<sup>176</sup> ONU, *Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica, op. cit., párr. 16.*

que debe existir una aceptación de las partes acerca de la importancia del procedimiento de consulta para garantizar que no exista simulación jurídica. Las partes pueden tener posiciones diferentes dentro del procedimiento, pero lo importante es mantener la buena fe en todo momento. Desde el punto de vista de los objetivos últimos de la consulta, ésta debe tomarse como una oportunidad para abrir un diálogo normativo en torno a las demandas legítimas de los pueblos indígenas y afrodescendientes y un mecanismo para compensar las condiciones de discriminación que han vivido.

### *La consulta previa*

El artículo 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala 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”.<sup>177</sup>

Al respecto, las *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas* de la OIT señalan que el *consentimiento previo* “debe implicar que se ha tratado de obtener el consentimiento con suficiente antelación a cualquier autorización o comienzo de actividades y que se han respetado las exigencias cronológicas de los procesos indígenas de consulta o consenso con los pueblos indígenas”.<sup>178</sup>

Por otra parte, el Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha considerado de especial preocupación

<sup>177</sup> ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *op. cit.*, artículo 19.

<sup>178</sup> OIT, Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Directrices sobre las cuestiones relativas a los pueblos indígenas* [en línea]. Nueva York y Ginebra, 2009, p. 15. <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDG\\_training\\_16SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDG_training_16SP.pdf)>. [Consulta: 23 de febrero, 2015].

que los estudios de impacto ambiental, que se solicitan como requisito para la emisión de licencias de explotación minera y para la autorización de otros proyectos a gran escala, y cuyo fin es justamente evaluar los posibles impactos de un determinado proyecto y prever las medidas de mitigación necesarias, se realizan antes de consultar a los pueblos indígenas. Esto tiene como consecuencia que las medidas que tendrían que ser sujetas a un proceso de consultas, al momento de iniciar este proceso ya se encuentran en una fase avanzada de planificación, afectando, disminuyendo y, en algunos casos, anulando la capacidad de influencia de los pueblos indígenas afectados en el proceso de toma de decisiones.<sup>179</sup>

Por otro lado, el Convenio 169 establece en el artículo 15, párrafo 2, que “[e]n caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, *antes de emprender o autorizar* cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”.<sup>180</sup>

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT recomendó a los gobiernos en su observación general referente al Convenio 169, que prosiguieran sus esfuerzos, conjuntamente con la participación de pueblos indígenas y tribales, en la *inclusión del requisito de consulta previa en la legislación relacionada con la exploración y explotación de los recursos naturales*, señalando que existían dos desafíos fundamentales con relación a la consulta:

<sup>179</sup> *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [Guatemala], op. cit., párr. 22.*

<sup>180</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, *op. cit.*, artículo 15, párr. 2. (Resaltado propio.)

i) garantizar que se realicen consultas apropiadas antes de adoptar todas las medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a pueblos indígenas y tribales; y ii) incluir disposiciones en la legislación que requieran consultas previas como parte del proceso en el que se determina si se otorgarán concesiones para la explotación y exploración de recursos naturales. La forma y el contenido de los procedimientos y mecanismos de consulta tienen que permitir la plena expresión —con suficiente antelación y sobre la base del entendimiento pleno de las cuestiones planteadas— de las opiniones de los pueblos interesados a fin de que puedan influir en los resultados y se pueda lograr un consenso, y para que estas consultas se lleven a cabo de una manera que resulte aceptable para todas las partes.<sup>181</sup>

Por tanto, para realizar una consulta previa se requiere considerar dos elementos que a continuación se presentan.

*Que la consulta se realice desde las primeras etapas de los proyectos*

Los organismos de la OIT y de la ONU han enfatizado que el momento en que se realiza la consulta es clave para el ejercicio efectivo de este derecho, ya que si se hace en las primeras etapas del proyecto a desarrollar, los pueblos afectados pueden tener una incidencia verdadera en las decisiones que se tomen.

El Relator Especial ha señalado también que las consultas

deben realizarse cada vez que se prevea la adopción de medidas administrativas susceptibles de afectar direc-

<sup>181</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones [artículo 19, 22 y 35 de la Constitución]. Informe III (1 A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países* [en línea]. 98a reunión. Ginebra, 2009, p. 731. <[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_103488.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

tamente a los pueblos indígenas, en los términos del artículo 6 del Convenio 169. [...] Así, si las consultas se celebraran en un momento inmediatamente posterior a la solicitud de licencias de exploración o explotación, el resultado de las consultas constituiría un importante insumo para la reformulación, cuando proceda, de la medida inicialmente propuesta, sin perjuicio de la celebración de audiencias públicas para el público en general en el curso de la realización de los estudios de impacto ambiental.<sup>182</sup>

Incluso la Corte IDH ha observado con relación al artículo 15 del Convenio 169 de la OIT que “se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso, pues el aviso temprano permite un tiempo adecuado para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”.<sup>183</sup> La Corte IDH amplía su comentario a la adopción de medidas legislativas y señala al respecto que los procesos de consulta deben realizarse previamente en todas las fases del proceso de producción normativa de los países, las cuales no deben ser restringidas a propuestas, sino deben manifestarse antes y durante la actividad legislativa.<sup>184</sup>

El incumplimiento de este principio elemental puede afectar incluso el principio de buena fe, “el Tribunal Constitucional de Perú señaló que “[t]rasladar esta consulta a un momento posterior a la publicación de la medida elimina la expectativa de la

<sup>182</sup> *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [Guatemala], op. cit., párr. 24.*

<sup>183</sup> Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones [en línea], op. cit., párr. 180.*

<sup>184</sup> *Ibid.*, párrafo 181.



intervención subyacente en la consulta [que] [a]demás generaría que la consulta se lleve a cabo sobre los hechos consumados, pudiendo relevarse con esto una ausencia de buena fe”.<sup>185</sup>

Finalmente, la OACNUDH ha señalado que

las consultas que se realizan como último requisito antes del comienzo de las obras, con concesiones otorgadas y presupuestos ya aprobados, violan los estándares internacionales y vacían de verdadero significado el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre los proyectos que afectan a sus tierras. Contar con la participación de los pueblos afectados desde los primeros pasos en la planeación de los proyectos puede contribuir a evitar la desinformación, los rumores y los conflictos.<sup>186</sup>

*Que se establezcan procesos de consulta y no sólo de notificación a los pueblos indígenas*

La obligación del Estado de garantizar el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales en los términos que establece el Convenio 169 no se cumple con la simple provisión de información a éstos. Por tanto, la consulta previa tampoco puede equipararse a sólo informar a las poblaciones afectadas lo que se planea realizar.

En 2001 el Consejo de Administración de la OIT determinó que

no se puede considerar que una simple reunión informativa cumpla con las disposiciones del Convenio [169] y que las consultas deberían realizarse antes, lo

<sup>185</sup> Tribunal Constitucional de Perú, *Sentencia del Tribunal Constitucional. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta por Gonzalo Tunama Tunama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo No. 1089, op. cit.*, párr. 182.

<sup>186</sup> ONU-OACNUDH, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, op. cit.*, p. 35.

cual implica que las comunidades afectadas deberían participar lo antes posible en los procesos, incluso en la preparación de los estudios de impacto medioambiental [y aunque] el artículo 6 no requiere que se alcance un consenso en el proceso de consultas previas, establece que los pueblos interesados deben poder participar libremente en todos los niveles de formulación, aplicación y evaluación de las medidas y programas que les afectan directamente.<sup>187</sup>

### *La consulta libre*

La idea de “consentimiento libre”, reflejada tanto en el Convenio 169 como en la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se refiere a la necesidad de que la consulta se realice sin “coerción, intimidación ni manipulación”.<sup>188</sup>

Es importante señalar que, de acuerdo con la interpretación que ha tenido este concepto, entraría dentro de coerción respecto a la libre decisión de los pueblos afectados “el condicionar servicios sociales básicos como la educación o la salud, reflejados en la construcción de escuelas o centros de salud”.<sup>189</sup> Esto además de representar una violación a los derechos económicos, sociales y culturales, que no deben ser condicionados a la realización de un proyecto. “Incluso, el planteamiento en disyuntiva sobre desarrollarse o continuar en la pobreza y marginación también puede ser considerado como una forma de coerción a la decisión de los pueblos indígenas.”<sup>190</sup>

<sup>187</sup> OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículo 19, 22 y 35 de la Constitución) informe III (1 A) Informe General y observaciones referidas a ciertos países* [en línea], 100a reunión, 2011, Doc. ILC.100/III/1A, 2011. <[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_103488.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf)>.. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>188</sup> ONU-OACNUDH, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, op. cit.*, p. 35

<sup>189</sup> *Idem.*

<sup>190</sup> *Idem.*

*La consulta informada*

Además del principio de buena fe, el derecho internacional ha sostenido el deber de suministrar información completa y suficiente a las comunidades consultadas, que les permita tomar una posición con respecto al proyecto consultado.<sup>191</sup> La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el deber de consultar “requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes”.<sup>192</sup> Asimismo, ha sostenido que el Estado debe asegurarse de que los miembros de las comunidades consultadas “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento”.<sup>193</sup>

Sobre el particular, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas ha establecido que las comunidades deben tener, como mínimo, información sobre:

- a. la naturaleza, el tamaño, la reversibilidad y el alcance de cualquier proyecto o actividad propuestos;
- b. las razones por las que se quiere llevar a cabo dicho proyecto;
- c. la duración del mismo;
- d. las áreas que serían afectadas;
- e. las asesorías preliminares donde se establezcan los posibles impactos económicos, sociales, culturales y ambientales de los proyectos;
- f. el personal que estaría involucrado en la ejecución del proyecto propuesto;
- g. los procedimientos que tendrían que llevarse a cabo para la realización del proyecto.<sup>194</sup>

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>192</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, IX. *Derechos a la participación, la consulta y el consentimiento* [en línea], párr. 308. <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

<sup>193</sup> *Idem.*

<sup>194</sup> ONU, *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas del 17 a 19 de enero de 2005*, op. cit., párr. 36.

La OACNUDH añade a lo anterior la importancia de que se incluya: el objetivo del proyecto (justificación); además de la duración, los tiempos del proyecto; posibles riesgos y beneficios, y elementos de un posible desplazamiento. Considera además que “los elementos que debe contener la información proporcionada por el Estado a los pueblos indígenas debe completarse con los principios y derechos”<sup>195</sup> antes mencionados.

La información debe ser tal que permita a los pueblos consultados realizar un proceso interno de deliberación, por ello es recomendable que la información se entregue empleando todos los medios de comunicación adecuados y accesibles a las circunstancias, acompañando copia de la propuesta preliminar de la medida y, en todos los casos, utilizando su propio idioma, además de la lengua oficial del país, y con un lenguaje comprensible y culturalmente adecuado. Todo esto en concordancia con el deber que tienen los Estados de preservar las lenguas indígenas y promover el desarrollo y la práctica de las mismas.<sup>196</sup>

### *Una consulta culturalmente adecuada*

La realización de una consulta efectiva no se limita a la mera provisión de información, también es importante que se respeten las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y afrodescendientes, es decir que el desarrollo de los procedimientos consultivos sea culturalmente adecuado. Si bien el Convenio 169 y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas simplemente ordenan que la consulta sea a través de “procedimientos apropiados”.

En los casos del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*<sup>197</sup> y *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte IDH señala que:

<sup>195</sup> ONU-OACNUDH, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas*, op. cit., p. 36.

<sup>196</sup> OIT, Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, op. cit., artículo 28.3.

<sup>197</sup> Cfr., Corte IDH, *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones* [en línea], op. cit., párr. 201. Para una explicación más detallada sobre

Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de *procedimientos culturalmente adecuados* y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado.<sup>198</sup>

La Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas ha sostenido que “la consulta debe ser accesible a los pueblos indígenas”.<sup>199</sup> Ello implica que “deberán buscarse procedimientos que sean accesibles a la participación del mayor número de pueblos y comunidades indígenas”.<sup>200</sup> Por otra parte, la accesibilidad de los procedimientos de consulta debe tener en cuenta “la diversidad lingüística de los pueblos indígenas, particularmente en aquellas áreas donde la lengua oficial no sea hablada mayoritariamente por la población indígena”.<sup>201</sup>

Igualmente, un Comité Tripartito de la OIT encontró que la provisión de los tiempos necesarios para la toma de decisiones

la consulta culturalmente adecuada se puede revisar el tomo *Derechos colectivos y constitucional de las poblaciones afromexicanas*, *op. cit.*

<sup>198</sup> Cfr., Corte IDH, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos humanos del 23 de noviembre de 2011, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia*, *op. cit.*, párr. 133.

<sup>199</sup> Cfr., ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, *op. cit.*, párr. 32.

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Idem.*

de una manera cultural y socialmente adecuada era un requisito fundamental de la consulta.<sup>202</sup>

La Relatoría Especial también ha señalado que la consulta debe configurarse sobre la base de un diálogo intercultural. Tal diálogo representa uno de los retos más grandes en el desarrollo de estos procesos, ya que implica un efectivo reconocimiento y respeto de las diferencias en un plano de igualdad, lo que requiere, entre otros elementos, suprimir estereotipos y percepciones de superioridad de una cultura sobre otras, no sólo en su conformación y cosmovisión, sino incluso en los propios procesos de desarrollo económico, político y social. Esto requiere, en consecuencia

hacer conciencia de que en cada uno de estos procesos de diálogo se replantean las “bases del conflicto estructural y ancestral entre los pueblos indígenas y el Estado, lo que pasa por situar entre las condiciones de debate y negociación cuestiones como el racismo y la discriminación; la desigualdad económica, social, política y cultural; la falta de reconocimiento político y cultural, y la apropiación de los recursos, del hábitat y de los espacios naturales de los pueblos indígenas; es decir, la descomposición de los sistemas de desigualdad y exclusión que sufren históricamente los pueblos indígenas”.<sup>203</sup>

Y considerar, desde las etapas de planeación de los procesos de consulta, todas aquellas asimetrías entre las partes, que objetivamente pueden impedir que éste se realice en un plano

<sup>202</sup> 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 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores [CUT]* [en línea]. 1999, párr. 79. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>203</sup> ONU-OACNUDH, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas, op. cit.*, p. 39.

de igualdad, como pueden ser conocimientos técnicos o capacidad de negociación. La OACNUDH ha señalado, por su parte, que si bien no existen lineamientos sobre cómo realizar procesos de consulta culturalmente adecuada y sobre la base de un diálogo intercultural, establece una serie de elementos que pueden coadyuvar al mismo:<sup>204</sup>

- › el respeto de la cultura e identidad cultural de los pueblos indígenas;
- › el reconocimiento de que en los procesos de consulta los pueblos indígenas deben poder fijar sus propias condiciones y requisitos, exigir que el proyecto se ajuste a su concepción de desarrollo y que puedan plantear otras alternativas de desarrollo;
- › respetar sus propias formas de generar consensos, sus formas de desarrollar sus argumentos y la importancia de los símbolos e imágenes a través de las cuales reflejan sus posiciones;
- › respetar los tiempos y ritmos que marcan sus propios procesos de toma de decisiones;
- › la obtención del consentimiento libre, previo e informado, de acuerdo con sus costumbres y tradiciones (en sus propias lenguas, de conformidad con su tradición oral, en sus propios tiempos, etcétera), y
- › el imperio del principio de buena fe durante los procesos.

### *La consulta como medio para llegar a un acuerdo*

El procedimiento de consulta debe tener como propósito poner fin a la exclusión de las comunidades y pueblos indígenas y afroamericanos en la toma de decisiones de asuntos que les corresponden y su reconocimiento como sujetos de derechos. El derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e infor-

<sup>204</sup> *Ibid.*, p. 38.

mado implica establecer un diálogo entre el Estado y los pueblos y comunidades para poder llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento, no a partir de una propuesta sino de una construcción conjunta.

Sobre este tema la Relatoría manifestó que “lo que esta norma de consulta implica es un diálogo de buena fe en donde ambas partes buscan el consenso [en el cual] no necesariamente se define cuál va a ser la decisión final en ese proceso de antemano, puede que al final de un proceso adecuado real de consulta, la decisión por el proyecto tenga otra formación o puede que el mismo Estado decida hacerlo en otro lugar”.<sup>205</sup>

En este sentido, la consulta implica una nueva relación entre los Estados y los pueblos indígenas y afrodescendientes dentro de un modelo de Estado plurinacional o pluricultural. En este nuevo modelo, “los pueblos indígenas deben poder determinar sus propios destinos en pie de igualdad con los demás, participar en la toma de las decisiones que los afectan y estar seguros que los acuerdos que emanen de la consulta, respetarán sus derechos individuales y colectivos”.<sup>206</sup> La consulta debe convertirse así en un proceso de diálogo entre las partes, no puede realizarse en una sola reunión, debe ser una constante búsqueda de entendimiento, mutuo respeto y con el deseo sincero de llegar a un acuerdo común.

En el caso de la reforma constitucional mexicana en materia indígena de 2001, un Comité Tripartito del Consejo de Administración de la OIT señaló que las audiencias y foros realizados por el Congreso de la Unión, “si bien permitieron que representantes de los pueblos indígenas ‘se expresaran’, dichas audiencias no constituyeron ‘consultas sistemáticas con orga-

<sup>205</sup> ONU, “Introducción a peritaje ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La norma de consulta previa con los pueblos indígenas. Audiencia Pública. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador*. 7 de Julio de 2011”, en *James Anaya Former United Nations Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples* [en línea]. <<http://unsr.jamesanaya.org/statements/la-norma-de-consulta-previa-introduccion-a-peritaje-ante-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-caso-sarayaku>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>206</sup> *Idem*.



nizaciones [...] representativas”.<sup>207</sup> Más específicamente, “el Comité consideró que dichas audiencias no constituyeron ‘un proceso en el cual las personas u organizaciones que tuvieron la oportunidad de ser oídas pudieran, además de ser oídas, instaurar un intercambio genuino con continuidad y tiempo para, al menos tener la posibilidad de llegar a acuerdos’”.<sup>208</sup>

El estándar mínimo sobre consulta entiende que no “debe ser concebida como un simple procedimiento por el cual se socializan algunas decisiones ya tomadas sobre una medida específica, independientemente de las opiniones que puedan tener las comunidades afectadas al respecto, sino que debe entenderse y desarrollarse como un verdadero mecanismo de consulta, participación y conciliación, cuyo objetivo sea lograr un acuerdo entre las partes”.<sup>209</sup>

Todas las decisiones de un Estado deben adoptarse mediante procesos democráticos representativos en que los intereses públicos estén debidamente representados. Estos procesos se ven reforzados cuando se establecen procedimientos para el ejercicio del derecho a la participación de toda persona, a través de los cuales el Estado pueda notificar a la sociedad en general sobre las decisiones a adoptarse y por el cual puedan recibir observaciones al respecto. Los mecanismos de participación más comunes son la consulta, el referéndum y el plebiscito. En este sentido, cabe señalar que el derecho a la consulta no es en absoluto ajeno a ningún sistema democrático.

Cuando las decisiones de un Estado afectan los intereses particulares de los pueblos indígenas y afrodescendientes, “se requieren procedimientos especiales y diferenciados de consultas, que se justifican por la naturaleza de esos intereses particulares, que derivan del carácter distinto de los modelos e historias culturales

<sup>207</sup> ONU, Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, *Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile*, op. cit., párr. 22.

<sup>208</sup> *Idem*.

<sup>209</sup> César Rodríguez Garavito et al., *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional*, op. cit., p. 74.

de los pueblos indígenas, y porque los procesos democráticos y representativos corrientes no suelen bastar para atender a las preocupaciones particulares de los pueblos indígenas, que por lo general están marginados”<sup>210</sup> y son discriminados de la esfera política de toma de decisiones.

“En un estado democrático es necesario llegar a acuerdos. El deber de los Estados de celebrar consultas con los pueblos indígenas, así como los diversos componentes normativos de dicho deber, se basan en el reconocimiento generalizado de la necesidad de medidas especiales que permitan corregir sus condiciones desfavorecidas”.<sup>211</sup>

### Efectos de los resultados de la consulta

Éste es sin duda uno de los aspectos más polémicos de la consulta previa, es decir, el efecto que tiene para las partes y para la viabilidad de la medida administrativa o legislativa. Las posiciones en el debate oscilan entre la figura de la *consulta previa*, por un lado, y la figura del *consentimiento previo*, libre e informado, por el otro.

En virtud de la primera, los pueblos indígenas y afrodescendientes tienen derecho a que se escuche su opinión como condición para la toma de una decisión general o la realización de un proyecto que los afecte. El estándar de protección en el caso del consentimiento previo es más alto, en la medida en que fija como condición que los pueblos y comunidades den previamente su consentimiento libre e informado para que la medida o proyecto que los afecta pueda proceder.

<sup>210</sup> ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile. Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior* [en línea]. Doc. A/HRC/12/34/Add.6., 5 de octubre de 2009, párr. 42. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf)>. [Consulta: 23 de febrero, 2015.]

<sup>211</sup> *Idem*.

Sobre los efectos de la consulta, los pueblos indígenas deben tener la posibilidad de modificar el plan inicial y los Estados tienen dos deberes importantes:<sup>212</sup> *el deber de acomodo*, que es el deber de ajustar o incluso cancelar los planes o proyectos con base en los resultados del proceso de consulta a partir de las opiniones recogidas durante el proceso, y *el deber de adoptar decisiones razonadas*. Si bien no todos los procesos de consulta buscan el consentimiento, esto no los reduce a una formalidad, ya que los Estados deben tener en cuenta las preocupaciones, demandas y propuestas de los pueblos afectados y prestar consideración a las mismas en el diseño final del plan o proyecto que se consulta.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas dispone que las consultas deben celebrarse *a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*.<sup>213</sup> En ese sentido, el Relator Especial lamentó que en muchas ocasiones “el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo”.<sup>214</sup>

En el *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana determinó que en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un mayor impacto en los territorios indígenas, “el Estado tiene no sólo el deber de consultar con la comunidad, sino que también debe obtener el consentimiento previo, libre e informado, de conformidad con sus costumbres y tradiciones”.<sup>215</sup>

<sup>212</sup> “Consulta y consentimiento”, en *Territorio Indígena y Gobernanza* [en línea]. <<http://www.territorioindigenaygobernanza.com/consultavscconsentimiento.html>>. [Consulta: 23 de febrero, 2015.]

<sup>213</sup> ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los pueblos indígenas, *op. cit.*, artículo 19.

<sup>214</sup> ONU: El deber de consultar... el derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en *Servicios de Comunicación Intercultural* (Servindi) [en línea]. 1 de septiembre de 2009. <<http://servindi.org/actualidad/15950>>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

<sup>215</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, *op. cit.*, párr. 134.

Por su parte, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas ha manifestado que la importancia de lograr el consentimiento varía de acuerdo con las circunstancias. Al respecto, sostiene que

la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el *consentimiento* de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente).<sup>216</sup>

Lo anterior cobra sentido en la medida en que el requisito de obtener el consentimiento constituye, a su vez, una salvaguarda de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con otros derechos tales como a la vida, a la autodeterminación, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo

<sup>216</sup> ONU, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, op. cit., párr. 47.*

o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos, como ha sido referido en este texto y lo ha señalado también la CIDH en su informe de 2009 sobre los *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*.<sup>217</sup>

De acuerdo con el desarrollo de los estándares internacionales sobre los derechos de los pueblos indígenas, referidos a lo largo de este texto, los supuestos identificados en donde la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria son los siguientes:

1. En caso de planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, esto es, su reubicación permanente.<sup>218</sup>
2. En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.<sup>219</sup>
3. En los casos de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.<sup>220</sup>

<sup>217</sup> CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales*, op. cit., párr. 333.

<sup>218</sup> Artículo 10 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso”.

<sup>219</sup> Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, op cit., párr. 134.

<sup>220</sup> El artículo 29 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus

## Derecho comparado

Pese al avance que el reconocimiento del derecho a la consulta ha tenido en el derecho internacional de los derechos humanos, la incorporación normativa en las legislaciones nacionales ha caminado a un ritmo mucho más lento; todavía encontramos en muchos países reticencia a reconocer derechos e incorporar mecanismos para lograr su vigencia. El derecho a la consulta previa es visto todavía como una barrera al desarrollo y, en muchas ocasiones, las tendencias son a limitar el ejercicio del derecho más que a incentivarlo como mecanismo en la búsqueda de acuerdos.

En este estudio se analizan los casos de Bolivia, Colombia y Ecuador por la similitud que tienen en su composición pluricultural con México y porque estos países han intentado reconocer el derecho a la consulta en sus sistemas normativos y, en el caso de Colombia, incluso en la labor jurisprudencial.

### Bolivia<sup>221</sup>

El 7 de febrero de 2009 entró en vigor la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, luego de un intenso proceso social y político. La nueva Constitución amplía significativamente el catálogo de derechos de bolivianos y bolivianas,

tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.
3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

<sup>221</sup> Para mayor información sobre el derecho a la consulta en la región andina, véase *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La*

así como de los pueblos indígenas en particular, tomando plenamente en cuenta las provisiones del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>222</sup>

Además, la constitución boliviana equipara los derechos de la población afroboliviana con los de los pueblos indígenas<sup>223</sup> y les reconoce el derecho a su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; asimismo, establece que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.

**Artículo 30. II.** [...] las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos gozan de los siguientes derechos: [...] 15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.<sup>224</sup>

*situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* [en línea]. Washington, D. C. y Lima, Fundación para el Debido Proceso Legal / Oxfam, 2011. <[https://peru.oxfam.org/sites/peru.oxfam.org/files/file\\_attachments/el-derecho-a-la-consulta-previa-libre-e-informada-de-los-pueblos-indigenas\\_0.pdf](https://peru.oxfam.org/sites/peru.oxfam.org/files/file_attachments/el-derecho-a-la-consulta-previa-libre-e-informada-de-los-pueblos-indigenas_0.pdf)>. [Consulta: 27 de octubre, 2015.]

<sup>222</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>223</sup> Para mayor referencia sobre el reconocimiento de la población afrodescendiente en el marco legislativo de Bolivia, puede revisarse el apartado Derecho comparado en América Latina en la sección Modelo normativo óptimo de *Reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, *op. cit.*

<sup>224</sup> Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia [en línea], publicada el 7 de febrero de 2009. <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015].

El derecho a la consulta previa en Bolivia ha tenido un reconocimiento legal amplio en materia de actividades hidrocarburíferas y el avance del proceso normativo ha sido acogido con beneplácito por la OIT, la CIDH y la ONU. El Decreto Supremo No. 29033 del 16 de febrero de 2007 puso en vigor el Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas, que establece procedimientos para la consulta y participación de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas en lo que se relaciona con actividades hidrocarburíferas en sus tierras comunitarias de origen.<sup>225</sup>

El Reglamento se compone de 18 artículos y está inspirado en el Convenio 169 de la OIT y en el cumplimiento de una recomendación que hizo el Consejo de Administración de la OIT en su 274ª sesión en marzo de 1999, con motivo de una reclamación formal presentada por la Central Obrera Boliviana (COB), a nombre de diversas organizaciones indígenas de Bolivia, tal como se señala en los considerandos de ley. Los aspectos más relevantes del proceso de consulta que contempla la ley son:<sup>226</sup>

- a) Los principios a los que se sujeta el proceso de consulta y participación son: respeto y garantía, información previa y oportuna, veracidad, integralidad, oportunidad, participación y transparencia (artículo 4).
- b) Está compuesto de cuatro fases mínimas: coordinación e información (artículo 10), organización y planificación de la consulta (artículo 11), ejecución de la consulta (artículo 12) y acuerdo y concertación (artículo 13).
- c) El proceso de consulta se realizará en dos momentos: el primero para la licitación, autorización, contratación, con-

<sup>225</sup> Decreto Supremo No. 29033 de 16 de febrero de 2007. Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarburíferas [en línea]. 16 de febrero de 2007. <<http://www.iadb.org/Research/Legislacionindigena/leyn/docs/Bol-DS-29033-07Consulta-Activ-Hidrocarb.doc>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>226</sup> Fundación para el Debido Proceso Legal [dplf], *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, op. cit., p. 37.



vocatoria y aprobación de las medidas, obras o proyectos hidrocarburíferos y es condición necesaria para ello (artículo 14) y en un segundo momento para la aprobación de los Estudios de Evaluación de Impacto Ambiental Analítico Integral (artículo 15).<sup>227</sup>

- d) Será nulo si la información presentada por la autoridad competente a los pueblos indígenas afectados no correspondiere, fuere falsa o contradictoria; o cuando la firma del convenio de validación de acuerdos fuere lograda por presión, amedrentamiento, soborno, chantaje o violencia, o no cuente con el acuerdo mutuo emergente del proceso de consulta y de participación (artículo 18).
- e) Las decisiones resultantes del proceso de consulta deberán ser respetadas y consideradas como criterios fundamentales para la ejecución del proyecto que fue objeto de consulta (artículo 7).

A siete años de la entrada en vigor de la normativa sobre consulta se han presentado procesos exitosos. En el estudio de la Fundación para el Debido Proceso Legal se cita, por ejemplo, el caso de un proceso desarrollado en el territorio indígena de Charagua, que: “cumplió con los objetivos y resultados esperados en todas sus etapas y fases, bajo los mecanismos e instituciones propias del pueblo indígena guaraní. Este caso ilustra la importancia del ejercicio del derecho a la consulta previa; asimismo, que este derecho está lejos de representar una pérdida de tiempo o un obstáculo al desarrollo de las inversiones en el sector”.<sup>228</sup>

<sup>227</sup> Equivalente a la Manifestación de Impacto Ambiental, regulada por la legislación ambiental mexicana.

<sup>228</sup> Fundación para el Debido Proceso Legal [DPLF], *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, op. cit., p. 38.

## Colombia<sup>229</sup>

Sin duda alguna, el mayor desarrollo sobre el contenido y los elementos del derecho a la consulta previa se ha dado de la mano de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, que tiene un papel crucial en la protección de los derechos a la cultura, a la tierra y a la identidad cultural de los pueblos indígenas y afrocolombianos (comunidad negra).

En Colombia los derechos de los pueblos indígenas se extienden también a las comunidades afrodescendientes. La Constitución de 1991,<sup>230</sup> la Ley 70 de 1993<sup>231</sup> y la jurisprudencia constitucional han incluido la titularidad de derechos colectivos a estas comunidades y han señalado que, por tratarse de una población tradicionalmente discriminada, el Estado tiene obligaciones especiales a su favor.<sup>232</sup>

Sin embargo, y a pesar de las decisiones de la Corte Constitucional y de los organismos internacionales, el Poder Legislativo colombiano no ha logrado aprobar una ley concertada con los pueblos indígenas que regule el procedimiento de las consultas y defina con claridad un marco legal y práctico en esta materia.<sup>233</sup>

En un caso fallado por la Corte Constitucional de Colombia, en el análisis de afectaciones a comunidades afrodescendientes del Río Naya por una concesión minera en tierras tituladas, concluyó:

<sup>229</sup> *Idem.*

<sup>230</sup> Constitución Política de la República de Colombia de 1991 [en línea]. <[http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>231</sup> Congreso de Colombia, Ley 70 de 1993 [en línea]. Diario oficial No. 41.013, 31 de agosto de 1993. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf?view=1>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>232</sup> Para mayor referencia sobre reconocimiento de la población afrodescendiente en el marco legislativo de Colombia, véase el apartado Derecho comparado en América Latina en la sección Modelo normativo óptimo de *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, *op. cit.*

<sup>233</sup> María F. Arango y Óscar Garzón Grandas, *Derecho a la consulta previa en la región andina* [en línea]. Bogotá, Indepaz, noviembre de 2011, p. 3. <[http://www.setianworks.net/indepazHome/attachments/696\\_La%20Consulta%20previa%20en%20la%20regi%C3%B3n%20andina.pdf](http://www.setianworks.net/indepazHome/attachments/696_La%20Consulta%20previa%20en%20la%20regi%C3%B3n%20andina.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

que debe asegurarse el respeto por la cultura y valores espirituales de las Comunidades Afrodescendientes y ha de resaltarse la importancia que adquiere el nexo de tales valores culturales con el territorio. En ese orden, ha de reconocerse y protegerse de modo efectivo el derecho de propiedad y posesión de los territorios ancestrales y ha de someterse a consulta previa [...]. Finalmente, debe garantizarse que únicamente se procederá a trasladar y a reubicar a las Comunidades Afrodescendientes en casos imperiosos siempre y cuando medie el consentimiento manifestado de manera libre y con pleno conocimiento de causa por parte de sus integrantes.<sup>234</sup>

También en Colombia se presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley General Forestal (Ley 1021 de 2006). Fue impugnada por haberse omitido la consulta previa, establecida por el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, a las comunidades indígenas y afrodescendientes afectadas por las disposiciones de la ley. La Corte analizó el impacto que podían tener sobre las comunidades indígenas y afrodescendientes. Llegó a la conclusión de que son susceptibles de afectar el bosque y, por ende, el modo de vida y la integridad cultural de esas comunidades. En consecuencia, dada la potencial afectación de los derechos o intereses de los pueblos indígenas y afrodescendientes, la Corte determinó que el Congreso debió haberlos consultado. La falta de consulta acarrea entonces la invalidez de la norma, a la luz de las disposiciones constitucionales pertinentes y del Convenio 169.<sup>235</sup>

<sup>234</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia T-909 de 2009 [en línea]. Bogotá, diciembre de 2007, p. 45. <[http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Tutela\\_Corte\\_Naya.pdf](http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Tutela_Corte_Naya.pdf)>. [Consulta: 23 de julio, 2013.]

<sup>235</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-030/08, de 23 de enero de 2008, caso citado en OIT, *Aplicación del Convenio No. 169 de la OIT por tribunales nacionales e internacionales en América Latina. Una recopilación de casos*, op. cit.

La Corte Constitucional ha fallado numerosas tutelas a favor de los pueblos indígenas y de las comunidades afrocolombianas en casos de violación del derecho al territorio por proyectos de intervención o por grandes obras de infraestructura. En materia de derecho a la consulta previa sobre asuntos que afectan a los pueblos indígenas, ha establecido, entre otras reglas, que se debe consultar antes de expedir una licencia ambiental y que no tiene valor de consulta previa la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Además, ha dicho que la consulta previa debe suponer la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas.

La Corte Constitucional colombiana ha declarado la inconstitucionalidad de leyes por no haber sido consultadas previamente con los pueblos indígenas o afrodescendientes, de esta manera la jurisprudencia establece el deber de consulta en los procesos legislativos.

En 2007 el Congreso aprobó la Ley 1151 o Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, la cual no había sido consultada previamente con las comunidades indígenas y afrodescendientes. La Corte Constitucional declaró la ley ajustada a la Constitución pero ordenó que

se suspenderá la ejecución de los proyectos —y de los respectivos programas o presupuestos plurianuales— incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la doctrina constitucional.<sup>236</sup>

<sup>236</sup> Corte Constitucional de la República de Colombia, Sentencia C-461/08. Demanda de Inconstitucionalidad de Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-

En el Caso del Estatuto de Desarrollo Rural —Ley 1152 de 2007—, la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-175 de 2009 concluyó:

que en el presente caso no se cumplió con el deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, toda vez que (i) Al margen de la validez material de los procesos de participación efectuados, estos fueron llevados a cabo en forma inoportuna y, por ende, contraria al principio de buena fe previsto en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT (ii) no existe evidencia alguna del cumplimiento de procedimientos pre consultivos, a través de los cuales las autoridades gubernamentales y las comunidades tradicionales acordaran las reglas del trámite de consulta previa.<sup>237</sup>

## Ecuador

La Constitución de la República de Ecuador reconoce a la población indígena y afroecuatoriana el derecho a: “Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado”,<sup>238</sup> con lo que se reconoce el derecho a la consulta de estas poblaciones.

2010 [en línea]. Sentencia C-461/08. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-461-08.htm>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>237</sup> Citado en Libia Rosario Grueso Castelblanco, *El derecho de las comunidades afrocolombianas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplicación desde la perspectiva de los Derechos Humanos* [en línea]. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, p. 87. <[http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?eID=dam\\_frontend\\_push&docID=13139](http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?eID=dam_frontend_push&docID=13139)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

<sup>238</sup> Constitución de la República de Ecuador, artículo 57, numeral 16.

Adicionalmente, otorga a la consulta un rango constitucional al establecer sus características y señalar los temas que deberán ser consultados con éstos, principalmente aquellos casos en que se vean involucrados sus tierras y recursos no renovables. El mismo artículo 57 de la Constitución menciona que la consulta deberá ser obligatoria y oportuna e incluso prevé aquellas situaciones en las que el consentimiento no se obtuviese:

La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley.<sup>239</sup>

La Constitución también prevé la consulta previa a las adopciones de carácter legislativo que les pueda afectar en sus derechos colectivos reconocidos: “Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos”.<sup>240</sup>

## **Avances judiciales y cuasi-judiciales en México**

Como se explicó en la introducción temática, en México se ha avanzado significativamente en la interpretación jurisdiccional y cuasi-jurisdiccional del derecho a la consulta.

<sup>239</sup> *Ibid.*, numeral 7.

<sup>240</sup> *Ibid.*, numeral 17.

Uno de los casos emblemáticos, aunque no el único, relacionados con la violación del derecho a la consulta es el del pueblo indígena wixárika<sup>241</sup> de Jalisco y Nayarit, que habita el territorio de Wirikuta, en el que se ha dado una intensa lucha jurisdiccional desde febrero de 2008 por el reconocimiento de los derechos colectivos del pueblo wixárika a su territorio sagrado, a la consulta, a su identidad cultural y a un medio ambiente sano, entre otros. En un ejemplo de cómo la imposición de megaproyectos en tierras y territorios de pueblos indígenas afecta la vida y los sustentos de sus pueblos y comunidades, particularmente en el caso de las empresas mineras.<sup>242</sup>

Sobre este asunto, el 27 de septiembre de 2012, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) emitió la recomendación 56/2012,<sup>243</sup> en la que se determina que varias autoridades violaron los derechos humanos colectivos del pueblo wixárika, relacionados con la consulta y participación, el uso y disfrute de los territorios indígenas, la identidad cultural, un medio ambiente sano, el agua potable y el saneamiento y la protección a la salud. En su argumentación, la CNDH considera que

La primera violación que esta Comisión Nacional advierte en contra del pueblo Wixárika es la ausencia de consulta en los procedimientos de otorgamiento

<sup>241</sup> Wixárika es el nombre originario de este pueblo, también conocido como huichol, designación que se le da por los mestizos.

<sup>242</sup> Para mayor análisis, véase Francisco López Bárcenas y Mayra Montserrat Es-lava Galicia, *El mineral o la vida. La legislación minera en México* [en línea]. México, coapi, A. C. / Pez en el árbol / Red-linpim, A. C., 2011. <[http://www.lopezbarcenassites/www.lopezbarcenassites/files/El\\_mineral\\_o\\_la\\_vida\\_0.pdf](http://www.lopezbarcenassites/www.lopezbarcenassites/files/El_mineral_o_la_vida_0.pdf)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015]. Véase también Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, *Han destruido la vida en este lugar. Megaproyectos, violaciones a derechos humanos y daños ambientales en México* [en línea]. México, Centro Prodh, 2012. <[https://chiltepines.files.wordpress.com/2013/02/informe\\_final\\_megaproyectos\\_web.pdf](https://chiltepines.files.wordpress.com/2013/02/informe_final_megaproyectos_web.pdf)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

<sup>243</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Recomendación 56/2012* [en línea]. 28 de septiembre de 2012. <<http://business-humanrights.org/sites/default/files/media/documents/recomendacion-cndh-wirikuta-mexico.pdf>>. [Consulta: 23 de julio, 2013.]

de concesiones mineras por parte de la Secretaría de Economía. El Estado mexicano está obligado, constitucional y convencionalmente, a consultar a los pueblos indígenas mediante procedimientos especiales y a través de sus instituciones representativas, sobre los actos legislativos o administrativos que puedan afectarlos directamente, con la finalidad de obtener su consentimiento libre, previo e informado, todo ello en términos de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de los Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de la Organización Internacional del Trabajo.<sup>244</sup>

La CNDH señala también que es evidente que la Secretaría de Economía no realizó un proceso de consulta libre, previa e informada, ni hizo partícipe al pueblo wixárika en los procedimientos que se siguen o se siguieron para otorgar concesiones o autorizaciones mineras en Wirikuta. Siguiendo la normativa internacional, sostiene que “si bien es cierto que la Ley Minera y su Reglamento no contemplan procedimiento alguno para incluir la consulta a los pueblos indígenas en relación con concesiones que puedan afectar sus derechos, las autoridades que otorgan cualquier tipo de concesiones que afecten derechos indígenas, sí están vinculadas en su actuar por la Constitución y la normatividad internacional”.<sup>245</sup> En otras palabras, las autoridades no se pueden excusar en la falta de normatividad expresa, pues los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo a la consulta y todas las autoridades están obligadas a garantizarlo. Esto se refuerza, además, con el artículo primero constitucional y el principio de protección *pro persona*.

Finalmente, la CNDH recomienda a la Secretaría de Economía, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y la

<sup>244</sup> Cfr., CNDH, *Recomendación 56/2012*, op. cit., párr. 119.

<sup>245</sup> Conapred, “Discriminación racial: obstáculo para el acceso a derechos en igualdad de todas las personas”, en *Noticias* [en línea]. México, 20 de marzo de 2013. <[http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=3754&id\\_opcion=108&op=214](http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=3754&id_opcion=108&op=214)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]



Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas a que antes de la emisión de cualquier autorización, concesión o permiso que incida sobre las tierras y los territorios indígenas, se incluya el procedimiento de consulta a los pueblos y comunidades y realice las propuestas de modificaciones legislativas correspondientes a fin de que su marco normativo se adecue al cumplimiento del derecho a la consulta.<sup>246</sup> Específicamente, la CNDH recomendó al titular de la Secretaría de Economía que

gire instrucciones para que se realicen las gestiones necesarias a efecto de que en la normatividad aplicable en materia minera se busque incluir expresamente el proceso de consulta a los pueblos indígenas, en relación con cualquier procedimiento administrativo que pueda afectar sus intereses y derechos, y se cumpla así con las disposiciones previstas al respecto en el artículo 2 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.<sup>247</sup>

Otro caso importante en relación con el derecho a la consulta de los pueblos indígenas es el del Fideicomiso Barrancas del Coebre, en el que Comunidades Rarámuris de Chihuahua demandaron el decreto 409/96 I. P. O.,<sup>248</sup> emitido por el Congreso de este estado, que autoriza al gobernador a firmar un convenio para celebrar contrato de fideicomiso con la institución fiduciaria que

<sup>246</sup> *Idem.*

<sup>247</sup> Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Recomendación 53/2012* [en línea]. 28 de septiembre de 2012. Recomendación Cuarta al Secretario de Economía. <[http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec\\_2012\\_053.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_053.pdf)>. [Consulta: 05 de agosto, 2015.]

<sup>248</sup> SCJN, Expediente 232/2011. Solicitud ejercicio de la facultad de atracción, Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos [en línea]. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/Detallepub.aspx?AsuntoID=132107&SinBotonRegresar=1>>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

ofrezca mejores condiciones de crédito y financiamiento para un desarrollo turístico en la zona de la sierra tarahumara. Todo ello sin consultarlo con los pueblos indígenas que habitan en la zona de influencia del proyecto. En el amparo en revisión 781/2011,<sup>249</sup> la SCJN obligó, en marzo de 2012, a los tres niveles de gobierno a constituir un consejo consultivo que tenga como objetivos la planeación de la inversión y del desarrollo social de la zona de influencia del proyecto turístico Barrancas del Cobre y que en el mismo se incluya la participación y consulta al pueblo rarámuri.

Un caso más es el de la comunidad indígena de Cherán, Michoacán, a la que mediante consulta le fue reconocido el derecho a decidir si “deseaba realizar elecciones ordinarias o a través del sistema de usos y costumbres”, por parte del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación, tal como lo señaló el Estado mexicano en la sustentación ante el CERD. Para esta consulta se aplicaron de forma directa los criterios internacionales del Convenio 169 y los criterios de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas.<sup>250</sup>

Éstos y otros casos constituyen antecedentes importantes que llaman a la necesidad de legislar sobre el derecho a la consulta en nuestro país.

<sup>249</sup> SCJN, Amparo en revisión 781/2011 (Caso “Barrancas del Cobre”) [en línea]. <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/11007810.002.doc>>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

<sup>250</sup> *Sustentación del Decimosexto y Decimoséptimo Informe Consolidado de México sobre el Cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ante el CERD* [en línea]. Ginebra, 14 y 15 de febrero de 2012, p. 10. <[http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Sustentacion\\_16\\_17\\_Mex\\_CERD.pdf](http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Sustentacion_16_17_Mex_CERD.pdf)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

**Cuadro analítico del tema<sup>251</sup>**

<p><b>TEMA DE INTERÉS:</b></p> <p><b>DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROMEXICANAS EN PROYECTOS DE DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES</b></p>	<p><b>Derechos afectados</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la libre determinación.</li> <li>• Derecho a tener, mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas, y a la protección de sus conocimientos tradicionales y su patrimonio cultural y artístico.</li> <li>• Derecho a la propiedad colectiva.</li> <li>• Derecho a la tierra y territorio.</li> <li>• Derecho a la no discriminación.</li> <li>• Derecho a la información.</li> <li>• Derecho a la subsistencia como pueblo.</li> <li>• Derecho a la identidad cultural propia.</li> <li>• Derecho a participar libremente y en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural.</li> <li>• Derecho a participar activamente en el diseño, la aplicación y el desarrollo de sistemas y programas de educación, incluidos los de carácter específico y propio.</li> <li>• Derecho al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres.</li> </ul>
	<p><b>Grupos en situación de discriminación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.</li> </ul>
	<p><b>Motivos prohibidos de discriminación</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Origen étnico o nacional.</li> <li>• Discriminación racial.</li> <li>• El color de piel.</li> <li>• La cultura.</li> <li>• La lengua o idioma.</li> <li>• La identidad.</li> <li>• La apariencia física.</li> </ul>

<sup>251</sup> Se incluyen sólo los aspectos abordados en este estudio.

**TEMA DE INTERÉS:**

**DERECHO A LA  
CONSULTA DE  
LOS PUEBLOS Y  
COMUNIDADES  
INDÍGENAS Y  
AFROMEXICANAS  
EN PROYECTOS  
DE DESARROLLO  
Y EXPLOTACIÓN  
DE RECURSOS  
NATURALES**

**Legislación a modificar (marco federal)**

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Ley de Hidrocarburos
- Ley de la Industria Eléctrica
- Ley de Energía Geotérmica
- Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Medio Ambiente
- Ley de Vida Silvestre
- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable
- Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas
- Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados
- Ley del Instituto Nacional de la Juventud
- Ley de Ciencia y Tecnología
- Ley de Aguas Nacionales
- Ley Agraria
- Ley Minera
- Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas
- Ley General de Desarrollo Social
- Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables

**TEMA DE INTERÉS:**

**DERECHO A LA CONSULTA DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS Y AFROMEXICANAS EN PROYECTOS DE DESARROLLO Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES**

**Responsables**

*Congreso de la Unión<sup>a</sup>*

- Comisión de Puntos Constitucionales
- Comisión de Asuntos Indígenas
- Comisión de Estudios Legislativos
- Comisión de Derechos Humanos
- Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales
- Comisión de Atención a Grupos Vulnerables
- Comisión para la Igualdad de Género

*Congresos de los estados<sup>b</sup>*

Comisiones equiparables a:

- Comisiones de Puntos Constitucionales
- Comisiones de Estudios Legislativos
- Comisiones de Asuntos Indígenas
- Comisiones de Derechos Humanos
- Comisiones de Atención a Grupos Vulnerables

<sup>a</sup> Es importante aclarar que dependerá de la materia de la ley de que se trate, las comisiones o comisiones tendrán a su cargo la discusión de las iniciativas en particular. Las comisiones que aquí se mencionan son las que en términos generales tendrían que discutir las propuestas que aquí se hacen.

<sup>b</sup> En este caso también habría que hacer la aclaración sobre las comisiones legislativas de cada uno de los Congresos locales que serían las responsables de revisar las leyes de cada materia.

## Modelo normativo vigente

En este apartado se analizará la forma en la que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y la legislación mexicana han reconocido el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado. La valoración respecto de este marco normativo vigente se hará más adelante; sin embargo, se puede adelantar que no existe uniformidad en México en la forma en la que se regula el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado y que hay una disparidad visible entre el acervo legal internacional y las disposiciones existentes en las leyes que reconocen este derecho. La ausencia de una ley especial provoca que sus contenidos sean dispersos y de difícil comprensión en su totalidad, pues son diferentes leyes las que reconocen de manera muy heterogénea este derecho. En este apartado se llevará a cabo una descripción del marco normativo lo más apegada a los contenidos y será en el apartado siguiente cuando se haga la comparación entre ambos marcos expuestos para obtener las conclusiones correspondientes.

Debido a la naturaleza del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado es fundamental revisar el marco normativo relacionado con la explotación de los recursos naturales, pues son éstos y el territorio los que guardan una relación fundamental con la cultura y otros derechos vitales de los pueblos indígenas y afromexicanos. Es uno de los principales elementos que este derecho busca proteger, sin que por ello se entienda que es la única materia prioritaria en la cual debe garantizarse, toda vez que, como se observó en el modelo normativo óptimo de este tomo, la consulta a pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas debe realizarse cuando se tomen decisiones que puedan afectar sus derechos, incluso desde el momento mismo de su diseño.

El marco normativo que a continuación se presenta se refiere al derecho a la consulta de las comunidades indígenas. Es importante señalar que no se encontrará referencia alguna a los pueblos afromexicanos en la legislación que aquí se muestra. Esto es con-

secuencia de la invisibilización de estos pueblos que no han sido reconocidos ni constitucional ni legalmente, con excepción de dos entidades federativas: Guerrero y Oaxaca.<sup>252</sup>

Por otro lado, es importante señalar que en términos generales la legislación mexicana no distingue claramente el derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas de carácter colectivo con respecto a las otras formas de manifestaciones particulares del derecho a la consulta como parte de los derechos político-electoral de participación ciudadana en una sociedad democrática, la consulta en el marco de mega-proyectos de desarrollo a toda la población o las consultas en el contexto de otras obligaciones del Estado mexicano con respecto a consultar, como en el caso del derecho de las personas con discapacidad. El marco normativo mexicano utiliza la palabra *consulta* para referirse a todas esas manifestaciones del derecho a la consulta. No obstante, este tomo sólo analiza, como se señaló desde la introducción temática, leyes que reglamentan directa o indirectamente la consulta a pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas.

Es importante mencionar que en la reforma del año 2001 se incorporó, a su vez, un último párrafo en el artículo 2, que señala “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”.<sup>253</sup>

De acuerdo con la propia exposición de motivos en la cual fue sustentada la reforma referida, los pueblos y comunidades afro-mexicanas podrían ser consideradas como comunidades equiparables y gozar de los derechos enunciados en el citado numeral; sin embargo, al no realizarse tal precisión en la CPEUM y al no ser utilizado este término en el acervo existente de leyes federales o en

<sup>252</sup> Para mayor referencia sobre el reconocimiento de la población afro-mexicana, así como del tema de las comunidades equiparables, revisar el apartado “Modelo normativo vigente” de *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afro-mexicanas*, op. cit.

<sup>253</sup> CPEUM, artículo 2, último párrafo.

algún criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que se refiera a los pueblos y comunidades afromexicanas, se genera una laguna jurídica que impide la materialización del ejercicio del derecho a la consulta para estos pueblos y comunidades.

Asimismo, la normatividad mexicana pocas veces se refiere a este derecho como “derecho a la consulta” salvo en raras ocasiones. En la mayoría de los casos se refiere solamente al “deber de consultar” del Estado y no se concibe como un derecho colectivo de los pueblos y comunidades.

## **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**

En la CPEUM, a raíz de la reforma del artículo 2, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, se incorporaron algunas referencias breves y generales del derecho a la consulta de la población indígena con relación a la educación y a las acciones programáticas del Poder Ejecutivo Federal. Es así que este artículo establece en su apartado B:

II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en *consulta* con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

[...]

IX. *Consultar* a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y



municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen. [Resaltado propio]

En la fracción II se establece una obligación de la Federación y las entidades federativas relativa al derecho a la educación y el desarrollo de los programas educativos de contenido regional. La definición de dichos programas educativos se hará *en consulta* con los pueblos indígenas.

En la fracción número IX se establece también la obligación del Estado de consultar a las comunidades indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, así como de los estatales y municipales, y en este caso se señala que dichas recomendaciones y propuestas que realicen habrán de *incorporarse*. Esta última fracción del apartado B del artículo 2 constitucional debe interpretarse sistemáticamente con lo establecido en el artículo 26 constitucional:

**Artículo 26.** [...]

La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática, y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución. El plan nacional de desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.

Sobre el derecho a la consulta existen muy pocas decisiones de la SCJN en la materia, sin embargo, encontramos ya por lo menos una tesis aislada que nos permite establecer un marco de referen-

cia sobre cómo habrá de interpretarse en la legislación mexicana y que deberá guiar a las y los legisladores en la función de reglamentar este derecho.

De acuerdo con la SCJN,<sup>254</sup> aunque este derecho no se encuentra muy desarrollado en la norma constitucional, se puede hacer una interpretación a partir de lo que se ha establecido en el derecho internacional de los derechos humanos. En consecuencia, la SCJN consideró que deben aplicarse los criterios del Convenio 169, específicamente los contenidos en los artículos 6, 7 y 15, que establecen el derecho a la consulta de los pueblos indígenas y tribales y las formas en las que habrá de realizarse. En particular la SCJN considera la idea de susceptibilidad de afectar a las comunidades y la idea de que la consulta se dé a fin de determinar si los intereses de los pueblos serán perjudicados. En ese sentido la SCJN señala que “el deber por parte del Estado a la consulta para los pueblos y comunidades indígenas no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados”.<sup>255</sup> Sobre esta base y haciendo una *interpretación conforme* con otras fuentes del derecho a la consulta, la SCJN establece que:<sup>256</sup>

1. La consulta debe ser previa.
2. La consulta debe ser culturalmente adecuada.
3. La consulta debe ser informada.
4. La consulta debe ser de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo.

A partir de este caso se sentó una tesis aislada sobre el derecho a la consulta que establece:

<sup>254</sup> SCJN, Amparo en revisión 631/2013 [en línea]. 2013, p. 84. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=159881&SinBotonRegresar=1>>. [Consulta: 25 de junio, 2015.]

<sup>255</sup> *Ibid.*, p. 82.

<sup>256</sup> Véase el apartado correspondiente al Marco normativo óptimo de este tomo.

COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. La protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que debe cumplir con los siguientes parámetros: a) debe ser previa; b) culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales; c) informada; y, d) de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.<sup>257</sup>

Por último, en lo relativo a la interpretación constitucional hecha por la SCJN es necesario distinguir entre consulta y consentimiento. La SCJN reconoce esta diferencia “pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos, puede que su ausencia no impida a las autoridades decretar las acciones correspondientes,

<sup>257</sup> Tesis: 1a. CCXXXVI/2013 (10a.). COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS,

lo cual dependerá del nivel de impacto que tendrá el funcionamiento u operatividad” del proyecto de que se trate sobre la comunidad indígena, “debiéndose ponderar los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto”.<sup>258</sup>

En la Constitución también se establece la naturaleza de la personalidad jurídica de los pueblos y comunidades indígenas y poblaciones equiparables. Sobre este tema existen diversas posiciones con relación al reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica de las comunidades étnicas, pero es posible agruparlas en dos corrientes de análisis:<sup>259</sup>

- a) La que cumple con los requisitos legales para gozar de derechos y ser susceptibles de cumplir obligaciones a través de una personalidad cercana a la teoría civil.
- b) La establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tratándolas más cercanas a la personalidad jurídica administrativa.

ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, en línea]. México, SCJN, agosto de 2013, décima época, libro 23, tomo I, Primera sala. Registro No. 2004170. <[<sup>258</sup> SCJN, Amparo en Revisión 631/2012 \[en línea\]. Primera Sala. SCJN. México, p. 87. <\[http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\\_sentencia\\\_relevante/12006310.002-1712\\\_0.pdf\]\(http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\_sentencia\_relevante/12006310.002-1712\_0.pdf\)>. \[Consulta: 13 de julio, 2015.\]](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=derechos%2520humanos%2520pueblos%2520ind%25C3%25ADgenas&Dominio=Rubro,Texto&TA,TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2004170&Hit=4&IDs=2006469,2005530,2004169,2004170,170126&tipoTesis=&Semenario=0&tabla></a>.</p>
</div>
<div data-bbox=)

<sup>259</sup> Este apartado también se desarrolla en el tomo *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, op. cit.

La primera corriente propone que el reconocimiento debe hacerse en términos de la dogmática jurídica, al considerar que el sujeto de derecho es aquel que es sujeto de un deber jurídico o sujeto de derecho subjetivo, lo que equivale a ser una persona jurídica. Esta corriente sugiere que las personas jurídicas son aquellas que cumplen con los requisitos legales para gozar de derechos y ser responsables de cumplir obligaciones.

Este reconocimiento de la persona jurídica sugiere que dicha personalidad de grupos étnicos recae en una cualidad de la persona en virtud de la cual es considerada como centro de imputaciones jurídicas, a partir del reconocimiento legal para realizar actos jurídicos con eficacia. Esta cualidad dota a las personas jurídicas de capacidad jurídica, entendida como la aptitud legal de una persona (física o moral) para ser sujeto de derechos y obligaciones.

De lo anterior se desprende que a una personalidad jurídica reconocida en estos términos necesariamente se le deben reconocer los dos tipos de capacidad jurídica, de goce y de ejercicio. Esta propuesta supone que la creación de una personalidad jurídica moral para los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas basada en los atributos de la persona física (nombre, capacidad, domicilio, nacionalidad, patrimonio, estado civil), en realidad no genera un reconocimiento con los alcances de la visibilización de éstas, ya que es posible constituir una persona moral para cualquier persona física a través de la vía civil, lo que aleja el reconocimiento como grupo étnico colectivo. Esto restringe las atribuciones que le otorgaría un reconocimiento en la constitución con esta calidad, que son distintas a las de la legislación civil.

La segunda corriente está basada en la personalidad jurídica de carácter administrativo, que es reconocida en la constitución federal para las poblaciones indígenas, a través de la categoría de “entidades de interés público”.

Esta calificación como entidad de interés público que la constitución otorga tanto a comunidades indígenas como a partidos políticos es un reconocimiento expreso de una personalidad jurídica de carácter administrativo, más allá de la puramente civil cuya concepción limita a la de persona física o moral. La categoría de

entidad de interés público dota a las comunidades indígenas de derechos y obligaciones, lo que es en toda regla una personalidad jurídica. Ésta les permite acceder a derechos y obligaciones y además cumplir con las finalidades específicas que le son conferidas por la Constitución. Esta personalidad jurídica administrativa está reflejada en las diferentes legislaciones federales, por ejemplo, en materia de protección al ambiente, minería y economía, cuando en sus disposiciones coloca a las comunidades indígenas en el mismo nivel de derechos y obligaciones que a las personas físicas o morales que tengan interés en los asuntos que regula.

Ni en la Constitución ni en las diferentes tesis y jurisprudencias de la SCJN se localizó definición del término “entidades de interés público” utilizada en el artículo 2 constitucional. No obstante, la SCJN, al referirse a los partidos políticos, que como hemos mencionado también son entidades de interés público en términos constitucionales, establece que tienen que cumplir con las obligaciones y finalidades que les confiere la constitución federal, por lo tanto deja en claro que son susceptibles de ser sujetos de goce de derechos y obligaciones, elemento básico de la personalidad jurídica. Por medio de esta figura se entiende que se permite la protección en el goce de sus derechos de manera colectiva de las comunidades indígenas (o de derechos cívicos en el caso de los partidos políticos nacionales).

Respecto a la situación de las comunidades equiparables a las que se refiere el artículo 2 constitucional, y si esta calificación de “entidad de interés público” les es aplicable, se puede partir de dos supuestos: el primero afirma que, al no tener certeza jurídica respecto de qué o quiénes integran las “comunidades equiparables”, toda vez que ni la Constitución, ni las leyes federales, ni la Suprema Corte de Justicia de la Nación han definido el concepto, no es posible reconocer personalidad jurídica a una persona o grupo indeterminado.

La segunda postura parte del supuesto de que, al establecer el artículo 2 constitucional que las comu-

nidades equiparables tienen los mismos derechos que las comunidades indígenas, éstas también podrían ser consideradas como entidades de interés público, entendiendo que la personalidad jurídica es un derecho que debe ser reconocido, como se ha explicado anteriormente en el marco normativo óptimo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que la legislación vigente que protege el goce de derechos colectivos para las poblaciones afromexicanas presenta un vacío legal, porque incluso aceptando que el artículo segundo les provee a las poblaciones afromexicanas personalidad jurídica de entidad de interés público a través de la figura de comunidad equiparable, no existen disposiciones que reglamenten el ejercicio de este derecho.<sup>260</sup>

## Legislación nacional

### Leyes secundarias en materia energética

En 2014 entraron en vigor las leyes secundarias de la reforma energética. El Congreso de la Unión aprobó nueve leyes de nueva creación y reformó doce, mismas que fueron promulgadas y publicadas por el Ejecutivo Federal el 11 de agosto de 2014 como parte del paquete de reformas en materia energética.<sup>261</sup> Éstas permiten el ejercicio de la reforma constitucional en materia

<sup>260</sup> Este apartado también se desarrolla en el tomo *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afromexicanas*, *op. cit.*, p. 253.

<sup>261</sup> Leyes de nueva expedición: Ley de Hidrocarburos; Ley de la Industria Eléctrica; Ley de Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética; Ley de Petróleos Mexicanos; Ley de la Comisión Federal de Electricidad; Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos; Ley de Energía Geotérmica; Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos; Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo.

Leyes reformadas: Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera; Ley de Asociaciones Público Privadas; Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; Ley Federal de las

de energía, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de diciembre de 2013.<sup>262</sup>

Muchos proyectos relacionados con la generación de energía pasan por el uso de recursos naturales y de tierras. Por esa razón, uno de los principales contenidos que debían tener estas leyes sería la forma en la que se desarrollarían las consultas en estos casos.

De las 21 legislaciones que incluye el paquete de leyes secundarias, solamente tres hacen referencia directa a la obligación por parte del Estado de realizar consultas con los pueblos y comunidades indígenas:

- › Ley de Hidrocarburos
- › Ley de la Industria Eléctrica
- › Ley de Energía Geotérmica

El resto de estas legislaciones no establecen la obligación de la consulta de los pueblos o comunidades indígenas o afro-mexicanas de manera específica. Nueve leyes sólo consideran el tema de la consulta desde una perspectiva general, es decir, no se refieren a la consulta con grupos de población, sino a procesos de consulta que se establecen hacia órganos administrativos que tienen el mandato de ser órganos de consulta en temas administrativos o financieros al interior de las dependencias. Este tipo de consulta no permite la participación de los pueblos y comunidades de manera directa.

Solamente en la Ley Nacional de Aguas se aborda la consulta como un mecanismo para recabar propuestas y opiniones de las “organizaciones locales, regionales o sectoriales de usuarios del

entidades Paraestatales; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; Ley de Aguas Nacionales; Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria; Ley General de Deuda Pública; Ley Federal de Derechos; Ley de Coordinación Fiscal.

<sup>262</sup> Información tomada de la Secretaría de Energía, “Leyes Secundarias” [en línea]. <[http://www.energia.gob.mx/webSener/leyes\\_Secundarias/](http://www.energia.gob.mx/webSener/leyes_Secundarias/)>. [Consulta: 3 de septiembre, 2015.]



agua, ejidos y comunidades, instituciones educativas, organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, y personas interesadas”<sup>263</sup> y también para recabar la opinión de la sociedad civil a través de la representación de este sector en los “Consejos de Cuenca”.<sup>264</sup> Finalmente, siete de las 21 leyes secundarias no consideran el tema de la consulta.

A continuación se desarrollan a detalle los contenidos de las leyes relevantes para este estudio.

### *Ley de Hidrocarburos*<sup>265</sup>

Establece el deber de consulta por parte del Estado en proyectos relacionados con esta industria (el resaltado es propio):

**Artículo 120.** Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria de Hidrocarburos, la Secretaría de Energía deberá llevar a cabo los procedimientos *de consulta previa, libre e informada* necesarios y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan.

En dichos procedimientos de consulta la Secretaría de Energía podrá prever la participación de la Agencia [Agencia Nacional de Seguridad Industrial y de Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos], las empresas productivas del Estado y sus subsidiarios y empresas filiales, así como Particulares, conforme a la normatividad aplicable.

<sup>263</sup> Ley de Aguas Nacionales. Nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 11 de agosto de 2014, artículo 14 Bis, fracción 1.

<sup>264</sup> *Ibid.*, capítulo IV, título segundo.

<sup>265</sup> Publicada en el DOF el 11 de agosto de 2014.

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

Este artículo es importante porque es el más amplio dentro de la legislación mexicana, en la medida en que reconoce la consulta *previa, libre e informada*, además de que señala que el objetivo debe ser alcanzar acuerdos o, en su caso, el consentimiento de las comunidades indígenas.

### *Ley de la Industria Eléctrica*<sup>266</sup>

Hace un reconocimiento del derecho a la consulta de las comunidades indígenas en los proyectos de la industria eléctrica (el resaltado es propio):

**Artículo 119.** Con la finalidad de tomar en cuenta los intereses y derechos de las comunidades y pueblos indígenas en los que se desarrollen proyectos de la industria eléctrica, la Secretaría deberá llevar a cabo los *procedimientos de consulta necesarios* y cualquier otra actividad necesaria para su salvaguarda, en coordinación con la Secretaría de Gobernación y las dependencias que correspondan.

En dichos procedimientos de consulta podrán participar la CRE [Comisión Reguladora de Energía], las empresas productivas del Estado y sus empresas subsidiarias y filiales, así como los particulares.

Esta legislación retoma la obligación de llevar a cabo procedimientos de consulta con pueblos indígenas pero no especifica los elementos que deberán ser considerados en su realización.

<sup>266</sup> Publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.

*Ley de Energía Geotérmica*<sup>267</sup>

Reconoce, de manera muy breve y en un solo artículo, el derecho a la consulta previa, libre e informada únicamente a pueblos y comunidades indígenas en lo que respecta a proyectos relacionados con la energía geotérmica (el resaltado es propio):

**Artículo 4.** Las actividades a que se refiere la presente Ley son de utilidad pública, preferente sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del subsuelo de los terrenos. Lo anterior, salvo que se trate de usos o aprovechamientos por actividades de la industria de los hidrocarburos.

*Las actividades que regula esta Ley, deberán realizarse con estricto apego a la normatividad y disposiciones que resulten aplicables, incluidas aquellas relativas a la consulta indígena, previa, libre e informada. Lo anterior, respetando en todo momento los derechos humanos y sociales de los particulares, ejidatarios, comuneros o dueños de los predios de que se trate.*

Las actividades que se realicen en términos de la presente Ley se orientarán con los intereses nacionales, incluyendo los de seguridad energética del país, sustentabilidad de las áreas con potencial geotérmico, y protección al medio ambiente.<sup>268</sup>

Llama la atención que en este artículo solamente se reitera el respeto de los derechos humanos y sociales de particulares, ejidatarios, comuneros y dueños, pero no se especifica que lo mismo aplica a pueblos y comunidades indígenas.

<sup>267</sup> Publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.

<sup>268</sup> Ley de Energía Geotérmica, artículo 4.

## Legislación ambiental

### *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Áreas Naturales Protegidas*

En la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) en materia de Áreas Naturales Protegidas<sup>269</sup> está regulado un procedimiento de consulta pública en lo que se refiere a las manifestaciones de impacto ambiental (resaltado propio):

**ARTÍCULO 34.** Una vez que la Secretaría reciba una manifestación de impacto ambiental e integre el expediente a que se refiere el artículo 35, pondrá ésta a disposición del público, con el fin de que pueda ser consultada por cualquier persona.

Los promoventes de la obra o actividad podrán requerir que se mantenga en reserva la información que haya sido integrada al expediente y que, de hacerse pública, pudiera afectar derechos de propiedad industrial, y la confidencialidad de la información comercial que aporte el interesado.

*La Secretaría, a solicitud de cualquier persona de la comunidad de que se trate, podrá llevar a cabo una consulta pública, conforme a las siguientes bases:*

I. La Secretaría publicará la solicitud de autorización en materia de impacto ambiental en su Gaceta Ecológica. Asimismo, el promovente deberá publicar a su costa, un extracto del proyecto de la obra o actividad en un periódico de amplia circulación en la entidad federativa de que se trate, dentro del plazo de cinco días contados a partir de la fecha en que se presente la manifestación de impacto ambiental a la Secretaría;

<sup>269</sup> Publicada en el DOF el 30 de noviembre de 2000. Última reforma publicada en el DOF, el 21 de mayo de 2014.

II. Cualquier ciudadano, dentro del plazo de diez días contados a partir de la publicación del extracto del proyecto en los términos antes referidos, podrá solicitar a la Secretaría ponga a disposición del público en la entidad federativa que corresponda, la manifestación de impacto ambiental;

III. Cuando se trate de obras o actividades que puedan generar desequilibrios ecológicos graves o daños a la salud pública o a los ecosistemas, de conformidad con lo que señale el reglamento de la presente Ley, la Secretaría, en coordinación con las autoridades locales, podrá organizar una reunión pública de información en la que el promovente explicará los aspectos técnicos ambientales de la obra o actividad de que se trate;

IV. Cualquier interesado, dentro del plazo de veinte días contados a partir de que la Secretaría ponga a disposición del público la manifestación de impacto ambiental en los términos de la fracción I, podrá proponer el establecimiento de medidas de prevención y mitigación adicionales, así como las observaciones que considere pertinentes, y

V. La Secretaría agregará las observaciones realizadas por los interesados al expediente respectivo y consignará, en la resolución que emita, el proceso de consulta pública realizado y los resultados de las observaciones y propuestas que por escrito se hayan formulado.<sup>270</sup>

Por otra parte, en la misma ley se establece que (el resaltado es propio):

<sup>270</sup> LGEEPA en materia de Áreas Naturales Protegidas, artículo 34.

**ARTÍCULO 58.** Previamente a la expedición de las declaratorias para el establecimiento de las áreas naturales protegidas a que se refiere el artículo anterior, se deberán realizar los estudios que lo justifiquen, en los términos del presente capítulo, los cuales deberán ser puestos a disposición del público. Asimismo, la Secretaría deberá solicitar la opinión de:

[...]

III. Las organizaciones sociales públicas o privadas, *pueblos indígenas*, y demás personas físicas o morales interesadas.<sup>271</sup>

El artículo 87 de esta ley habla del consentimiento:

**ARTÍCULO 87.** El aprovechamiento de especies de flora y fauna silvestre en actividades económicas podrá autorizarse cuando los particulares garanticen su reproducción controlada o desarrollo en cautiverio o semicautiverio o cuando la tasa de explotación sea menor a la de renovación natural de las poblaciones, de acuerdo con las normas oficiales mexicanas que al efecto expida la Secretaría.

No podrá autorizarse el aprovechamiento sobre poblaciones naturales de especies amenazadas o en peligro de extinción, excepto en los casos en que se garantice su reproducción controlada y el desarrollo de poblaciones de las especies que correspondan.

La autorización para el aprovechamiento sustentable de especies endémicas se otorgará conforme a las normas oficiales mexicanas que al efecto expida la Secretaría, siempre que dicho aprovechamiento no amenace o ponga en peligro de extinción a la especie.

<sup>271</sup> *Ibid.*, artículo 58.

El aprovechamiento de especies de flora y fauna silvestre requiere el consentimiento expreso del propietario o legítimo poseedor del predio en que éstas se encuentren. Asimismo, la Secretaría podrá otorgar a dichos propietarios o poseedores, cuando garanticen la reproducción controlada y el desarrollo de poblaciones de fauna silvestre, los permisos cinegéticos que correspondan.

La colecta de especies de flora y fauna silvestre, así como de otros recursos biológicos con fines de investigación científica, requiere de autorización de la Secretaría y deberá sujetarse a los términos y formalidades que se establezcan en las normas oficiales mexicanas que se expidan, así como en los demás ordenamientos que resulten aplicables. En todo caso, se deberá garantizar que los resultados de la investigación estén a disposición del público. Dichas autorizaciones no podrán amparar el aprovechamiento para fines de utilización en biotecnología, la cual se sujetará a lo dispuesto en el artículo 87 Bis.

El aprovechamiento de recursos forestales no maderables y de leña para usos domésticos se sujetará a las normas oficiales mexicanas que expidan la Secretaría y demás disposiciones aplicables.<sup>272</sup>

Es importante señalar que ese artículo no se refiere a los pueblos indígenas, sino a los propietarios y legítimos poseedores en lo individual (personas que pueden o no ser indígenas, y en ese sentido pueden presentarse conflictos de representatividad). Tampoco incluye los derechos de los pueblos indígenas ni afro-mexicanos en los casos donde no son propietarios de los predios, pero sí tienen un uso tradicional de la flora y fauna, por ejemplo, para cacería y ceremonias tradicionales.

<sup>272</sup> *Ibid.*, artículo 87.

Y en el mismo sentido, pero en relación con los recursos biológicos con fines de biotecnología, el artículo 87 Bis de la LGEEPA exige, en sus dos primeros párrafos, que para “el aprovechamiento de especies de flora y fauna silvestre, así como de otros recursos biológicos con fines de utilización en la biotecnología, requiere de autorización de la Secretaría. La autorización a que se refiere este artículo podrá otorgarse sólo si se cuenta con el consentimiento previo, expreso e informado, del propietario o legítimo poseedor del predio en el que el recurso biológico se encuentre”.<sup>273</sup> Como puede verse, no es una disposición que se refiera únicamente a pueblos indígenas ni considera procedimientos especiales para obtener la consulta en caso de que exista una afectación directa a sus territorios.

Por último, la LGEEPA establece ciertos criterios de participación social en la política ambiental en el artículo 158 en su fracción primera. Aunque no se hace mención en particular de la consulta sino de convocatoria, se entiende en términos consultivos pues tiene que ver con el Sistema Nacional de Planeación Democrática:

**ARTÍCULO 158.** Para los efectos del artículo anterior, la Secretaría:

I. Convocará, en el ámbito del Sistema Nacional de Planeación Democrática, a las organizaciones obreras, empresariales, de campesinos y productores agropecuarios, pesqueros y forestales, comunidades agrarias, pueblos indígenas, instituciones educativas, organizaciones sociales y privadas no lucrativas y demás personas interesadas para que manifiesten su opinión y propuestas.<sup>274</sup>

<sup>273</sup> *Idem.* Este artículo fue adicionado el 13 de diciembre de 1996, según publicación en el *DOF*.

<sup>274</sup> *Ibid.*, artículo 158.



*Ley General de Vida Silvestre*

En relación con la vida silvestre, existe una disposición expresa en la Ley General de Vida Silvestre,<sup>275</sup> en donde se requiere del consentimiento de la persona propietaria o poseedora del predio correspondiente cuando se pretenda realizar la colecta de ejemplares de vida silvestre, sin realizar alguna especificación en el caso de que se trate de lugares en los cuales se encuentren asentados pueblos o comunidades indígenas o afromexicanas:

**Artículo 97.** La colecta de ejemplares, partes y derivados de vida silvestre con fines de investigación científica y con propósitos de enseñanza requiere de autorización de la Secretaría y se llevará a cabo con el consentimiento previo, expreso e informado del propietario o poseedor legítimo del predio en donde ésta se realice.<sup>276</sup>

*Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable*<sup>277</sup>

Esta Ley “tiene por objeto regular y fomentar la conservación, protección, restauración, producción, ordenación, el cultivo, manejo y aprovechamiento de los ecosistemas forestales del país y sus recursos”.<sup>278</sup> Este objeto se encuentra directamente relacionado con el ámbito de protección del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado.

La ley no reconoce directamente el derecho a la consulta, sin embargo, remite a la LGEEPA en lo relativo a la consulta que debe realizarse a partir de la manifestación de impacto ambiental de proyectos relacionados con los ecosistemas regionales o locales.

<sup>275</sup> Publicada en el *DOF* el 3 de julio de 2000.

<sup>276</sup> *Ibid.*, artículo 97.

<sup>277</sup> Publicada en el *DOF* el 25 de febrero de 2003. Última reforma publicada en el *DOF* el 26 de marzo de 2015.

<sup>278</sup> *Ibid.*, artículo 1.

De esa manera, el párrafo final del artículo 76 de este ordenamiento señala que en las autorizaciones de las manifestaciones de impacto ambiental, la autoridad deberá dar respuesta debidamente fundada y motivada a las propuestas y observaciones planteadas por los interesados en el proceso de consulta pública al que se refiere la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Además, en el artículo 152, relativo a la participación social, señala que los consejos forestales podrán proponer a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y la Comisión Nacional Forestal lineamientos para promover la participación del sector social, en donde se podrían ubicar a los pueblos indígenas, y del sector privado en la planeación y realización de las actividades tendientes al desarrollo forestal sustentable de la región, estado o municipio de que se trate. También propondrán normas y participarán en la consulta de normas oficiales mexicanas,<sup>279</sup> aunque no haya una mención explícita sobre los grupos de población en estudio.

En esta ley se da vida a la Comisión Nacional Forestal que, de acuerdo con el artículo 22, fracción XVIII, de la misma, tiene como una de sus funciones “coordinar con las autoridades estatales y municipales, los programas y acciones que *coadyuven con los pueblos y comunidades indígenas en la conservación y mejoramiento de su lugar de residencia y a preservar la integridad de sus tierras*, promoviendo el desarrollo sustentable de las mismas, con base en programas educativos de contenido forestal”,<sup>280</sup> sin embargo, no se aborda explícitamente el tema de la consulta.

Por último, el artículo 32, fracción I, señala que cuando se trate de la política forestal de carácter social, uno de los criterios a seguir es el respeto al conocimiento de la naturaleza, cultura y tradiciones de los pueblos y comunidades indígenas y su participación directa en la elaboración y ejecución de los programas

<sup>279</sup> *Ibid.*, artículo 152.

<sup>280</sup> *Ibid.*, artículo 22 fracción XVIII. [El resaltado es propio.]

forestales de las áreas en que habiten, en concordancia con la Ley de Desarrollo Rural Sustentable y otros ordenamientos.<sup>281</sup>

De lo anterior puede observarse que las disposiciones mencionadas no reconocen el derecho a la consulta ni el consentimiento previo, expreso e informado para los pueblos y comunidades afromexicanas.

### **Ley de Planeación**<sup>282</sup>

Reglamenta el Sistema Nacional de Planeación Democrática, hace referencia a la consulta y menciona en particular a los pueblos indígenas como sujetos de esta consulta, pero no a los pueblos y comunidades afromexicanas. Esto se establece en los artículos 14, fracción III, 20 y 20 Bis (el resaltado es propio):

**Artículo 14.** La Secretaría de Hacienda y Crédito Público tendrá las siguientes atribuciones:

[...]

III. Proyectar y coordinar la planeación regional con la participación que corresponda a los gobiernos estatales y municipales; así como consultar a los grupos sociales y los pueblos indígenas y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen; y elaborar los programas especiales que señale el Presidente de la República.<sup>283</sup>

**Artículo 20.** En el ámbito del Sistema Nacional de Planeación Democrática tendrá lugar la participación

<sup>281</sup> *Ibid.*, artículo 32 fracción I.

<sup>282</sup> Publicada en el *DOF* el 5 de enero de 1983. Última reforma publicada en el *DOF* el 6 de mayo de 2015.

<sup>283</sup> *Ibid.*, artículo 14.

y consulta de los diversos grupos sociales, con el propósito de que la población exprese sus opiniones para la elaboración, actualización y ejecución del Plan y los programas a que se refiere esta Ley.

Las organizaciones representativas de los obreros, campesinos, *pueblos* y grupos populares; de las instituciones académicas, profesionales y de investigación de los organismos empresariales; y de otras agrupaciones sociales, participarán como órganos de consulta permanente en los aspectos de la planeación democrática relacionados con su actividad a través *de foros de consulta* popular que al efecto se convocarán. Así mismo, participarán en los mismos foros los diputados y senadores del Congreso de la Unión.

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

Para tal efecto, y conforme a la legislación aplicable, en el Sistema deberán preverse la organización y funcionamiento, las formalidades, periodicidad y términos a que se sujetarán la participación y consulta para la planeación nacional del desarrollo.<sup>284</sup>

**Artículo 20 Bis.** En los asuntos relacionados con el ámbito indígena, el Ejecutivo Federal *consultará, en forma previa, a las comunidades indígenas*, para que éstas emitan la opinión correspondiente.<sup>285</sup>

Como se aprecia, en este ordenamiento se hace alusión explícita a la consulta previa con comunidades indígenas para que expresen su opinión al respecto de programas federales que puedan impactar en su desarrollo.

<sup>284</sup> *Ibid.*, artículo 20.

<sup>285</sup> *Ibid.*, artículo 20 Bis.

## Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas<sup>286</sup>

La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) es un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal que “tiene como objeto orientar, coordinar, promover, apoyar, fomentar, dar seguimiento y evaluar los programas, proyectos, estrategias y acciones públicas para el desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas de conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.<sup>287</sup>

Para poder cumplir con su objeto es necesario que esta Comisión realice procesos de consulta con los pueblos indígenas. Ésta es una de las funciones principales de la CDI, por la cual funciona como un órgano intermediario entre el gobierno (la Administración Pública Federal) y los pueblos y comunidades indígenas. Entre las funciones de este órgano en materia de derecho a la consulta se encuentran las siguientes:

### **Artículo 2.** [...]

I. Ser instancia de consulta para la formulación, ejecución y evaluación de los planes, programas y proyectos que las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal desarrollen en la materia.

[...]

III. Realizar tareas de colaboración con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, las cuales deberán consultar a la Comisión en las políticas y acciones vinculadas con el desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas; de coordinación con

<sup>286</sup> Publicada en el *DOF* el 21 de mayo de 2003. Última reforma publicada en el *DOF* el 9 de abril de 2012.

<sup>287</sup> *Ibid.*, artículo 2.

los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios; de interlocución con los pueblos y comunidades indígenas, y de concertación con los sectores social y privado.

[...]

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

[...]

XVI. Establecer las bases para integrar y operar un sistema de información y consulta indígena, que permita la más amplia participación de los pueblos, comunidades, autoridades e instituciones representativas de éstos, en la definición, formulación, ejecución y evaluación de los programas, proyectos y acciones gubernamentales.

XVII. Ser instancia de consulta para las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal con el fin de formular el proyecto de presupuesto consolidado en materia de desarrollo de los pueblos y comunidades indígenas a incluir en el Presupuesto de Egresos de la Federación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Federal.<sup>288</sup>

**Artículo 3.** La Comisión registrará sus acciones por los siguientes principios:

<sup>288</sup> *Idem.*

[...]

VI. Consultar a pueblos y comunidades indígenas cada vez que el Ejecutivo Federal promueva reformas jurídicas y actos administrativos, programas de desarrollo o proyectos que impacten significativamente sus condiciones de vida y su entorno.<sup>289</sup>

**Artículo 5.** La Comisión contará con una Junta de Gobierno, como órgano de gobierno; un Director General, como órgano de administración; y un Consejo Consultivo, como órgano de consulta y vinculación con los pueblos indígenas y la sociedad.<sup>290</sup>

Aun cuando este ordenamiento no incluye alguna disposición en la que de manera expresa se establezca la obligación o la atribución de la CDI para garantizar el derecho a la consulta de pueblos y comunidades afroamericanas, este organismo ha realizado procesos de consulta a fin de visibilizar a esta población.

En 2012, la CDI publicó el *Informe final de la Consulta para la identificación de comunidades afroamericanas en México*,<sup>291</sup> que se realizó en distintas localidades de los estados de Guerrero, Oaxaca, Veracruz, Coahuila, Chiapas y Michoacán. Su sustento jurídico y conceptual fue el artículo 2 constitucional, que reconoce la composición pluricultural del país y que, además, “anuncia que este conjunto de derechos pueden ser ejercidos también por aquellas comunidades que puedan equipararse, esto es, por aquellas en las que se identifiquen características similares o que

<sup>289</sup> *Ibid.*, artículo 3.

<sup>290</sup> *Ibid.*, artículo 5.

<sup>291</sup> En este documento se utiliza el término *afroamericano* y no así el de *afroamericano* o *afroamericano*. CDI, *Informe final de la Consulta para la identificación de comunidades afroamericanas* [en línea]. Coord. Lilliana Garay Cartas. México, CDI, 2012, <[http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=206](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=206)>. [Consulta: 24 de octubre, 2015.]

puedan considerarse parecidas a las definidas para la comunidad indígena, definida en el texto constitucional”.<sup>292</sup>

Tuvo como finalidad “identificar mediante un proceso de consulta a las comunidades afrodescendientes de México y sus principales características”<sup>293</sup> para lograr su reconocimiento jurídico a partir de información básica que permita su visibilización.

### Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados<sup>294</sup>

Tiene por objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, importación y exportación de organismos genéticamente modificados. De acuerdo con esta ley se crea la Comisión Intersecretarial de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados (Cibiogem).

En esta ley hay varias referencias a la consulta pero, en un aspecto importante, reconoce el derecho a la consulta de comunidades indígenas en materia de liberación de organismos genéticamente modificados. Entre varias de sus facultades se encuentra la de “establecer mecanismos para la participación pública en aspectos de bioseguridad materia de esta Ley, incluyendo el acceso a la información, la participación de los sectores privado, social y productivo a través del Consejo Consultivo Mixto de la CIBIOGEM, y la consulta pública sobre solicitudes de liberación de Organismos Genéticamente Modificados (OGMs) al ambiente”.<sup>295</sup> La ley establece:

**Artículo 21.** Se crea el Consejo Consultivo Mixto de la CIBIOGEM que fungirá como órgano auxiliar

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>293</sup> *Idem.*

<sup>294</sup> Publicada en el *DOF* el 18 de marzo de 2005.

<sup>295</sup> *Ibid.*, artículo 2, fracción XV.



de consulta y opinión de la propia CIBIOGEM. Se integrará por representantes de asociaciones, cámaras o empresas de los sectores privado, social y productivo. Su función fundamental será conocer y opinar sobre aspectos sociales, económicos, y otros aspectos relativos a las políticas regulatorias y de fomento, así como sobre las prioridades en la normalización y el mejoramiento de trámites y procedimientos en materia de bioseguridad de los OGMs. Las funciones específicas del Consejo Consultivo Mixto y los mecanismos para la incorporación de sus integrantes serán establecidas por la CIBIOGEM.<sup>296</sup>

**Artículo 22.** La CIBIOGEM emitirá sus reglas de operación en las que se establecerán los mecanismos de participación para que integrantes y representantes de los sectores académico, científico, tecnológico, social y productivo, de reconocido prestigio y experiencia en los temas relacionados directamente con las actividades que son materia de esta Ley, puedan participar mediante opiniones, estudios y consultas en el conocimiento y evolución de las políticas de bioseguridad y de fomento de la investigación en bioseguridad y biotecnología, así como también para recibir opiniones, estudios y consultas en dichas materias.<sup>297</sup>

**Artículo 108.** [...]

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

<sup>296</sup> *Ibid.*, artículo 21.

<sup>297</sup> *Ibid.*, artículo 22.

pretenda la liberación de OGMs, considerando el valor de la diversidad biológica.<sup>298</sup>

### Ley del Instituto Nacional de la Juventud<sup>299</sup>

Esta ley y la creación de un Instituto Nacional de la Juventud obedecen a la “importancia estratégica para el desarrollo del país que tiene la juventud (personas entre 12 y 29 años). El objeto del instituto es generar las políticas, programas, servicios y acciones para la atención de la juventud sin distinción de *origen étnico o nacional*, género, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias, estado civil o cualquier otra”.<sup>300</sup>

En este ordenamiento se establece la obligación del Instituto Nacional de la Juventud de: “Consultar, en coordinación con la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas las políticas, programas y acciones de desarrollo de los jóvenes indígenas; garantizar la participación de éstos en su diseño y operación; y, en su caso, incorporar a la planeación nacional sus recomendaciones propuestas”.<sup>301</sup> En este ordenamiento, al igual que en los demás antes referidos, si bien se reconoce el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de las juventudes de los pueblos y comunidades indígenas, no se reconoce este derecho a las juventudes de los pueblos y comunidades afroamericanas.

### Otras referencias legislativas

A continuación se hace una descripción de una serie de normas *incompletas* en el sentido de que no reconocen expresamente el

<sup>298</sup> *Ibid.*, artículo 108.

<sup>299</sup> Publicada en el *DOF* el 6 de enero de 1999. Última reforma publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2015.

<sup>300</sup> *Ibid.*, artículo 2. [El resaltado es propio.]

<sup>301</sup> *Ibid.*, artículo 4, fracción XIV.

derecho a la consulta o lo hacen de forma aislada, o bien solamente hacen breves referencias a las comunidades y pueblos indígenas. Es decir, son leyes que tienen referencias mínimas al derecho que venimos analizando pero que no se articulan de manera adecuada, y que es necesario considerar en el marco normativo vigente. Estos ordenamientos si bien reconocen el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de pueblos y comunidades indígenas, no reconocen este derecho a los pueblos y comunidades afromexicanas.

### Ley de Aguas Nacionales<sup>302</sup>

Tiene como objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de dichas aguas, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad para lograr su desarrollo integral sustentable. En ese sentido, es fundamental que se realicen consultas a diferentes sectores de la población respecto al tema de recursos hídricos. En este caso, es una ley que establece obligaciones de consulta pero que no se refieren a los grupos de población analizados en este tomo. De acuerdo con esta ley:

**Artículo 13 Bis 4.** Conforme a lo dispuesto a esta Ley y sus reglamentos, “la Comisión”, a través de los Organismos de Cuenca, consultará con los usuarios y con las organizaciones de la sociedad, en el ámbito de los Consejos de Cuenca, y resolverá las posibles limitaciones temporales a los derechos de agua existentes para enfrentar situaciones de emergencia, escasez extrema, desequilibrio hidrológico, sobreexplotación, reserva, contaminación y riesgo o se comprometa la sustentabilidad de los ecosistemas vitales; bajo el mismo tenor, resolverá las limitaciones que se deriven de la existencia o

<sup>302</sup> Publicada en el *DOF* el 1 de diciembre de 1992. Última reforma publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.

declaración e instrumentación de zonas reglamentadas, zonas de reserva y zonas de veda. En estos casos tendrán prioridad el uso doméstico y el público urbano.<sup>303</sup>

**Artículo 14 Bis.** “La Comisión”, conjuntamente con los Gobiernos de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, los organismos de cuenca, los consejos de cuenca y el Consejo Consultivo del Agua, promoverá y facilitará la participación de la sociedad en la planeación, toma de decisiones, ejecución, evaluación y vigilancia de la política nacional hídrica.

[...]

I. Convocará en el ámbito del sistema de Planeación Democrática a las organizaciones locales, regionales o sectoriales de usuarios del agua, ejidos y comunidades, instituciones educativas, organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, y personas interesadas, para consultar sus opiniones y propuestas respecto a la planeación, problemas prioritarios y estratégicos del agua y su gestión, así como evaluar las fuentes de abastecimiento, en el ámbito del desarrollo sustentable.<sup>304</sup>

**Artículo 14 Bis 1.** El Consejo Consultivo del Agua es un organismo autónomo de consulta integrado por personas físicas del sector privado y social, estudiosas o sensibles a la problemática en materia de agua y su gestión y las formas para su atención y solución, con vocación altruista y que cuenten con un elevado reconocimiento y respeto.<sup>305</sup>

<sup>303</sup> *Ibid.*, artículo 13 Bis 4.

<sup>304</sup> *Ibid.*, artículo 14 Bis.

<sup>305</sup> *Ibid.*, artículo 14 Bis 1.

## Ley de Ciencia y Tecnología<sup>306</sup>

Esta Ley contiene un capítulo reservado para la “participación” y se constituye un Foro Consultivo Científico y Tecnológico. En dicho Foro se habla de participación y de consulta en el ámbito de la ciencia y la tecnología. En ese sentido, hace referencia al *sector social*, así como a las organizaciones sociales regionales o locales públicas y permanentes. Además, establece la pluralidad como uno de los criterios a considerar en su integración; por esa razón, y si reconocemos que los pueblos indígenas tienen conocimientos basados en la experiencia milenaria que son aportes importantes para el desarrollo de la ciencia y la tecnología, sobre todo a niveles regional y local, también deben ser considerados para integrar este Foro Consultivo:<sup>307</sup>

**Artículo 36.** Se constituye el Foro Consultivo Científico y Tecnológico como órgano autónomo y permanente de consulta del Poder Ejecutivo, del Consejo General y de la Junta de Gobierno del CONACyT, el cual se establecerá y operará conforme a las siguientes bases:

- I. Tendrá por objeto promover la expresión de la comunidad científica, académica, tecnológica y del sector productivo, para la formulación de propuestas en materia de políticas y programas de investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación.
- II. Estará integrado por científicos, tecnólogos, empresarios y por representantes de las organizaciones e instituciones de carácter nacional, regional o local, públicas y privadas, reconocidas por sus tareas perma-

<sup>306</sup> Publicada en el *DOF* el 5 de junio de 2002. Última reforma publicada en el *DOF* el 28 de enero de 2011.

<sup>307</sup> *Ibid.*, artículo 36.

nentes en la investigación científica, desarrollo tecnológico e innovación, quienes participarán, salvo en los casos previstos en esta Ley, de manera voluntaria y honorífica.

III. En su integración se observarán los criterios de pluralidad, de renovación periódica y de representatividad de las diversas áreas y especialidades de la comunidad científica y tecnológica y de los sectores social y privado, así como de equilibrio entre las diversas regiones del país.

### **Ley de Desarrollo Rural Sustentable<sup>308</sup>**

Se hace mención de esta ley porque dentro de sus contenidos aparecen múltiples referencias a pueblos indígenas y se refiere en algunos artículos a *consulta*, aunque en ningún caso se relacionan ambos temas, por lo que no hay un reconocimiento expreso en la ley.

Es necesario señalar que existen otras legislaciones sobre la explotación de recursos naturales renovables y no renovables, y sobre diferentes actividades que pueden llegar a alcanzar el objeto de protección del derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas pero cuyos contenidos, por acción u omisión legislativa en la mayoría de los casos, son opuestos. Es el caso de la Ley Agraria,<sup>309</sup> Ley Minera,<sup>310</sup> Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas,<sup>311</sup>

<sup>308</sup> Publicada en el *DOF* el 7 de diciembre de 2001. Última reforma publicada en el *DOF* el 12 de enero de 2012.

<sup>309</sup> Publicada en el *DOF* el 26 de febrero de 1992. Última reforma publicada en *DOF* el 9 de abril de 2012.

<sup>310</sup> Publicada en el *DOF* el 26 de junio de 1992. Última reforma publicada en *DOF* el 26 de junio de 2006.

<sup>311</sup> Publicada en el *DOF* el 15 de junio de 2007.

Ley General de Pesca y Acuacultura Sustentable<sup>312</sup> y Ley General de Desarrollo Social,<sup>313</sup> pues no contienen procedimientos para que los pueblos sobre los que versa esta investigación puedan exigir el respeto y garantía de su derecho a la consulta ni reflejan la obligación del Estado de emprender estas consultas, al mismo tiempo que establecen disposiciones que facilitan el despojo y mercantilización de los bienes comunes de éstos.

## Avances en la legislación local

El reconocimiento al derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado se encuentra incorporado en las constituciones y legislaciones locales en varios estados de la república. Sin embargo, sólo algunas refieren de manera específica el derecho a la consulta o la participación de los pueblos indígenas, por ejemplo en las constituciones estatales de Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Durango, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco y Yucatán.<sup>314</sup> Adicionalmente, San Luis Potosí cuenta específicamente con la Ley de Consulta Indígena para el Estado y Municipios de San Luis Potosí<sup>315</sup> y Durango aprobó recientemente la Ley de Consulta Indígena para el Estado y los

<sup>312</sup> Publicada en el *DOF* el 24 de junio de 2013. Última reforma publicada en *DOF* el 5 de diciembre de 2014.

<sup>313</sup> Publicada en el *DOF* 20 de enero de 2004. Última reforma publicada en *DOF* el 4 de noviembre de 2013.

<sup>314</sup> Información actualizada a julio de 2015.

<sup>315</sup> Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*. Febrero de 2013, [en línea] <[http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=217&Itemid=200019](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=217&Itemid=200019)>. [Consulta: 25 de junio, 2015.]

Municipios.<sup>316</sup> En Jalisco se encuentra en proceso de elaboración una Ley de Consulta Indígena que actualmente está siendo consultada con las comunidades indígenas.<sup>317</sup>

Por otra parte, es importante hacer la debida aclaración que este estudio es un primer acercamiento al tema, por lo que en estas páginas no se hace un análisis exhaustivo de las legislaciones locales vigentes en materia de consulta, además de que, por el enfoque del tomo, la materia de análisis es de competencia federal. De esta manera queda pendiente el análisis de las materias concurrentes relacionadas con consulta en el ámbito estatal.

<sup>316</sup> De acuerdo con información de la página *web* del H. Congreso del Estado de Durango, la ley fue aprobada en agosto de 2015 y se encuentra pendiente de ser publicada en el periódico oficial del Estado. Véase <[http://www.congresodurango.gob.mx/es/publicaciones/aprueba\\_congreso\\_dos\\_nuevas\\_leyes](http://www.congresodurango.gob.mx/es/publicaciones/aprueba_congreso_dos_nuevas_leyes)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

<sup>317</sup> Congreso del Estado de Jalisco. LX Legislatura, “A consulta, propuesta de reforma a la Ley sobre los Derechos y Desarrollo de los Pueblos Indígenas” [en línea]. <<http://www.congresoal.gob.mx/congresoalV2/LX/?q=boletines/consulta-propuesta-de-reforma-la-ley-sobre-los-derechos-y-desarrollo-de-los-pueblos-ind>>. [Consulta: 25 de junio, 2015.]





## Diagnóstico

En este apartado se analizará la situación actual del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas en la legislación de nuestro país en relación con los estándares establecidos en el ámbito internacional. Asimismo, se hará referencia a la situación actual de estos grupos para ejemplificar con algunos casos de qué manera dicha situación de marginación e invisibilización se agrava por la falta de reconocimiento de este derecho.

La principal preocupación es que tanto el marco constitucional como el resto de la legislación mexicana en los ámbitos federal y local no han contado en su mayoría con un proceso de consulta a las personas que son sujetas de los derechos con los que se relacionan, en este caso, de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas. Lo anterior evidencia uno de los principales retos del sistema normativo mexicano por lo que se refiere al derecho a la consulta, que requiere de una mayor voluntad política y de procesos legislativos efectivos que atiendan lo establecido por las legislaciones en la materia. Por ello hay que reiterar que cualquier reforma en esta materia debe iniciar con un proceso de consulta a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.

El siguiente aspecto de preocupación es la omisión en el reconocimiento de los pueblos y comunidades afromexicanas. Es grave la invisibilización de este grupo pues deja en estado de desprotección a esta población. En ese sentido es importante insistir en la necesidad tanto del reconocimiento constitucional de este grupo, como una forma de visibilizarlos, como de su inclusión en todas las normas correspondientes y relativas a este derecho.

Otra dificultad importante en materia de la legislación del derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado es la variedad de formas en las que ha sido reconocido en la mayor parte de las leyes mexicanas. Esta heterogeneidad provoca incertidumbre jurídica respecto de cómo habrá de entenderse y cuáles habrán de ser sus alcances. En ese sentido, la tesis de la

scjn relativa a la consulta a comunidades y pueblos indígenas resulta trascendental para la interpretación que se le debe dar a este derecho en toda la legislación mexicana.

Por otro lado, la mayoría de las leyes analizadas hacen mención a la consulta, pero escasamente se señala el consentimiento libre, previo e informado que lleve a un diálogo. Esto se debe en buena medida a que la consulta es vista como una obligación procedimental a cargo del Estado y no como un derecho de estos grupos. Esta visión de la obligación estatal de consultar busca resolverse en la mayoría de las legislaciones por medio de un procedimiento que puede fijarse previamente, lo que es violatorio del mismo derecho. En ese sentido, es necesario que las normas adquieran una visión desde el derecho a la consulta y consentimiento de los pueblos indígenas y afromexicanos como derecho sustantivo, en tanto su objetivo último y razón de ser, que es proteger y garantizar los derechos humanos de estos pueblos.

Otro elemento general que ya se ha mencionado es que en las formas de reconocer este derecho en la legislación mexicana se confunde el reconocimiento del derecho a la participación política, cuya dimensión es individual, con el reconocimiento del derecho a la consulta de los pueblos, cuya dimensión —en cuanto a reconocimiento y goce— es colectiva; es decir, entre un derecho base que permite el ejercicio de otros derechos colectivos de estos grupos sociales y un derecho de participación política-electoral individual, los cuales no son derechos excluyentes entre sí, sino que contienen elementos de reconocimiento, protección y garantía específicos para cada uno.

En algunas de las legislaciones no se concibe este derecho colectivo como un derecho ligado a los derechos de autodeterminación, derechos de propiedad, derechos a la propia cultura de los pueblos indígenas y afromexicanos, sino como un mero derecho de participación política ligado a la democracia participativa. En ese sentido es importante hacer la distinción legislativa de estos derechos para enfocarse en este caso al derecho colectivo a la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Esto también es importante porque actualmente ya existe una Ley

de Consulta Popular que no puede confundirse con una ley que reglamente el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas, ya que la primera responde al derecho a la participación política.

Por último, es importante hacer notar que, de forma general, de las normas analizadas no puede deducirse cuáles son los efectos que debería tener un proceso de consulta a pueblos indígenas y afro-mexicanos. Esto tiene como resultado que el derecho no esté efectivamente garantizado o sólo de manera parcial, en la medida en que si no se detallan los efectos, la consulta a los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas puede interpretarse como un procedimiento que, con el simple hecho de realizarse, independientemente del resultado, se cumple con su realización, o, en caso de proyectos avanzados, como un proceso de convencimiento, lo cual es contrario a lo establecido en instrumentos internacionales en la materia y que afecta a los pueblos y comunidades. Por ello es importante señalar esta gran omisión de la legislación mexicana en la materia.

## **Diagnóstico de la situación actual**

A más de diez años de que se aprobó la reforma constitucional en materia indígena, el reconocimiento, protección y garantía de sus derechos no ha sido armonizado con las obligaciones internacionales en la materia y no se ha emitido una ley reglamentaria para el artículo 2 constitucional que permita la correcta aplicación de los elementos del derecho a la consulta, por lo que no es exigible en el marco de las disposiciones que fueron descritas. De alguna manera, la discusión sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a la consulta ha quedado estancada.

La implementación de proyectos de obras públicas a gran escala para la construcción de represas, minas, parques eólicos, zonas turísticas y autopistas debe llevarse a cabo tomando en cuenta los elementos establecidos en el modelo normativo óp-

timo para evitar que se genere como consecuencia la vulneración de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, como son el derecho a la vivienda, al agua, al medio ambiente sano, al desarrollo, a la autodeterminación y a la información.

A partir del diagnóstico es posible la comparación entre la situación normativa actual y el modelo normativo que se considera óptimo y que se encuentra establecido, principalmente, en la legislación, opiniones y jurisprudencia internacionales, para con ello formular una propuesta de modificación legislativa que incluya el derecho a la consulta previa, libre e informada, así como los procedimientos y casos en donde la consulta tendrá el objetivo de alcanzar el consentimiento.

### **Acceso al derecho a la consulta**

En relación con la posibilidad que tienen los pueblos indígenas y afroamericanos a acceder al derecho a la consulta, sin bien es cierto que existe la obligación internacional contemplada en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, ambos suscritos por México, en la Constitución únicamente se ha previsto el ejercicio de este derecho para pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y en lo relativo a los programas de estudio de educación indígena. No obstante, es importante señalar que el hecho de que no haya una reglamentación del mandato constitucional adecuado ha dejado prácticamente nula la aplicación de este derecho y de la obligación estatal de consultar, como se ha descrito en el diagnóstico de este trabajo.

Como se ha señalado repetidamente en el derecho internacional de los derechos humanos, la simple convocatoria a foros de consulta, sin tomar en cuenta a las instituciones representativas de los propios pueblos indígenas, no puede ser considerada una consulta en los términos del Convenio 169 de la OIT ni de acuerdo con los estándares internacionales.

En conclusión, es necesario modificar la Constitución para desarrollar el derecho a la consulta previa, libre e informada no sólo en los programas nacionales de desarrollo, sino como un elemento transversal y *sine qua non* del ejercicio y garantía de los derechos humanos colectivos reconocidos a la población indígena y afroamericana.

Este derecho tiene que ser correctamente reglamentado para que no se convierta en un requisito más que cumplir, sino en una verdadera obligación entre el Estado y los pueblos indígenas y afroamericanos, sobre la base de una nueva relación.

### **Sujetos del derecho a la consulta**

El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas como sujetos del derecho a la consulta previa, libre e informada pasa por reconocer que nos encontramos frente a sujetos con reivindicaciones específicas que rebasan la concepción individualista de los derechos humanos para adquirir una dimensión colectiva. Así, el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado parte del reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.

Reconocer a estos pueblos como sujetos colectivos de derecho ha sido una de las demandas principales de los movimientos indígenas y de poblaciones afrodescendientes nacionales e internacionales, demanda que posibilita el ejercicio de otros derechos, como es el derecho a la consulta.

La Constitución reconoce la existencia de comunidades y pueblos indígenas no así de las poblaciones afrodescendientes. En el modelo normativo óptimo, el derecho a la consulta debería poder ser ejercido por pueblos y comunidades indígenas y por pueblos y comunidades afroamericanas por igual, siempre que se aprueben medidas legales o administrativas susceptibles de afectarles de alguna manera. Sin embargo, en el modelo normativo actual no está reconocida sino que presenta un vacío legal en

cuanto a la personalidad jurídica de los pueblos afromexicanos, pues, como se mencionó, el artículo 2 constitucional les reconoce como entidades de interés público a través de la figura de comunidad equiparable y sus instituciones representativas se encuentran invisibilizadas.

### **Obligación y materias a consultar**

Respecto a la obligación de consultar a los pueblos indígenas y afromexicanos que el Estado mexicano debería observar, en sus tres órdenes de gobierno y en los tres poderes que lo conforman, en la práctica y como fruto de un modelo normativo incompleto, actualmente no es posible el ejercicio de este derecho ante la falta de legislación y del establecimiento de mecanismos de cumplimiento de esta obligación.

En lo que se refiere a medidas administrativas, la CPEUM y algunas otras leyes estatales consideran el derecho a la consulta de manera muy limitada, únicamente para la aprobación de los planes de desarrollo y para algunas medidas ambientales, pero sin tener una adecuación y pertinencia cultural.

En relación con la aprobación de leyes por parte del Poder Legislativo, aun cuando el derecho a la consulta debiera ser parte del procedimiento, sobre todo cuando se trata de leyes que afectan de manera directa, especial o particular los derechos de los pueblos indígenas y afromexicanos y sus territorios, en la realidad el modelo normativo vigente no contempla la incorporación de este requisito, lo que se traduce en la aprobación de leyes que afectan sus intereses y derechos sin mediar consulta alguna.

Como se ha visto en este trabajo, la falta de consulta a los pueblos y comunidades indígenas en la aprobación de leyes que afecten sus derechos y territorios podría traducirse en la nulidad de las leyes, por no cumplir con este requisito; sin embargo, son pocos los casos en que los pueblos indígenas han demandado la nulidad (por ejemplo, en la reforma constitucional en materia indígena de 2001 y en el Fideicomiso Barrancas del Cobre).

Para perfeccionar el contenido de este derecho es necesario legislar en la materia y establecer expresamente esta obligación para el Estado, así como la presentación de un mayor número de casos ante las y los jueces y tribunales federales a fin de que desarrollen criterios de jurisprudencia, tal como sucede en varias cortes latinoamericanas, y que puedan dotar de contenido el derecho a la consulta en nuestro país, estableciendo normas y declarando la nulidad de actos y leyes que se ejecuten sin consulta.

### El procedimiento de consulta

Una de las principales razones por las que las autoridades mexicanas no implementan la obligación de consulta es la inexistencia de procedimientos y metodologías establecidas con anterioridad al acto en el que se describan los pasos, momentos y requisitos del procedimiento de consulta.

Muchas veces las autoridades, al no tener una obligación normativa expresa en la legislación nacional que aplican en la materia —por ejemplo, la Ley Minera para la aprobación de concesiones mineras—, no realizan procesos de consulta por considerar que no existe dicha obligación, aun cuando derivado del artículo primero constitucional estén obligadas a garantizar los derechos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por México. Uno de los primeros acuerdos sobre el procedimiento de consulta a los que deberían de llegar las autoridades, el Poder Legislativo y las personas representantes de los pueblos indígenas tiene que ver con el acuerdo mutuo. Este acuerdo hace posible que se cumpla con las condiciones fundamentales que debe tener cualquier consulta, es decir, que ésta sea de *buena fe, informada, culturalmente adecuada y con la finalidad de llegar a un acuerdo*.

Actualmente, el procedimiento no está regulado, por lo que en muchas ocasiones la consulta se hace por medio de foros y no se cumple con el principio de buena fe. Así, muchas veces se obvia la consulta o simplemente no se realiza o, cuando se consulta,



los pueblos no cuentan con la información necesaria y suficiente sobre los efectos de los proyectos.

Si los procesos de consulta se realizan de manera apremiada se corre el riesgo de que éstos no sean culturalmente pertinentes, por ejemplo, que se tome con mayor consideración la temporalidad marcada por la administración pública y no la establecida por los propios pueblos, o que se realicen sin la presencia de personas traductoras e intérpretes en su lengua, e incluso se utilicen estrategias participativas que se contrapongan a las prácticas de los propios pueblos y comunidades. Asimismo, puede que las consultas se deriven en una simple difusión de la iniciativa y de acopio de opiniones, omitiendo el objetivo esencial de llegar a acuerdos.

Es necesaria una legislación clara sobre las materias a consultar, muy particularmente sobre los procedimientos, que deben ser flexibles, atendiendo a la particularidad de cada caso. La consulta no debe ser vista como un simple requisito sino, tal y como lo establecen la legislación y jurisprudencia internacionales del modelo normativo óptimo, debe ser considerada como un diálogo entre las partes con la finalidad de llegar a un acuerdo. En este sentido, los procedimientos pueden incluir la firma de convenios de mutuo acuerdo en donde las partes se comprometen a cumplir con ciertos principios y a comportarse siempre con respeto y buena fe.

### **Efectos de la consulta**

De acuerdo con el modelo normativo óptimo, los pueblos indígenas y afromexicanos deberían poder decidir su consentimiento parcial o condicionado a cambios en el proyecto original, con reparto de beneficios, en cuyo caso la persona promovente del proyecto deberá adecuar la medida a las nuevas aspiraciones acordadas durante el procedimiento de consulta. La adecuación de la medida implica la modificación del proyecto original, lo que deberá dar lugar a una nueva consulta en la que se salvaguarden los

derechos de los pueblos indígenas. De no realizarse un proceso aproximado al antes descrito, la consulta se limitaría solamente a informar a los pueblos y comunidades de los proyectos ya decididos con anticipación, sin posibilidades de adecuar la medida y sin tomar en cuenta las opiniones de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.

En el caso de no consentimiento, si el proyecto o medida propuesta pone en riesgo la supervivencia cultural del pueblo indígena, sus derechos y sus territorios, entonces la medida deberá suspenderse y no llevarse a cabo. El no consentimiento conlleva el desistimiento del proyecto o que éste se lleve a cabo en otro lugar. Cabe señalar que el contenido del derecho al consentimiento no se ha desarrollado; si bien está reconocido en algunas leyes, en la práctica no se ha legislado y no se aplica para los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.

Una de las posiciones más fuertes en el derecho a la consulta es que pueda interpretarse como un mecanismo que utilicen los pueblos indígenas y afroamericanos para limitar la ejecución a algunas medidas que sea necesario tomar por el bienestar social. Ésta es sin duda una de las figuras más polémicas. Sin embargo, la consulta aunque no otorga expresamente el poder de limitar la ejecución de estas medidas o proyectos, en realidad lo que el consentimiento protege es la subsistencia de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas. Es por ello que, en esos casos, la ausencia del consentimiento sí puede considerarse un mecanismo que impida la ejecución definitiva de medidas o proyectos, en particular en aquellos casos en que, como se ha visto, de acuerdo con los estándares desarrollados en materia de derechos de los pueblos indígenas, la obtención de su consentimiento es obligatorio:

- › En caso de planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales.
- › En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos

naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.

- › En los casos de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.

## Propuesta legislativa

### **La consulta libre, previa, informada y adecuada culturalmente en medidas legislativas: obligaciones de las personas legisladoras<sup>318</sup>**

Conforme se desprende de la obligación contenida en el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, es necesario incorporar la consulta libre, previa, informada y adecuada culturalmente a los pueblos indígenas y afroperuanos en el procedimiento legislativo peruano. Esta obligación implica tener que desarrollar una especie de subproceso, dentro del procedimiento legislativo general, aplicable cada vez que se prevea la aprobación de proyectos de ley que puedan afectar directamente a dichos pueblos.

Para hacer efectiva la consulta en el procedimiento legislativo, el Congreso deberá tomar la iniciativa, dando a conocer a los pueblos indígenas y afroperuanos (mediante sus entidades representativas), de manera previa y anticipada, el contenido del proyecto de ley que podría afectarles. Es decir, la consulta debe realizarse con carácter previo.

Además, tal como se planteó en el modelo normativo óptimo, debe darse la información idónea y suficiente para conocer el contenido y alcance del proyecto y realizar las adecuaciones necesarias de acuerdo con la especificidad cultural de los pueblos, entre lo cual debe considerarse su lengua, formas de organización propias y de generación de consensos, autoridades tradicionales representativas, entre otros aspectos. Para ello, es preciso contar con la colaboración de instancias con mandato especializado en

<sup>318</sup> Una amplia propuesta de cómo incorporar el derecho a la consulta en procesos parlamentarios se encuentra en Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática Indígena, *Informe Consulta Previa. Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia* [en línea]. Lima, Congreso de la República del Perú, Legislatura 2008-2009, 2009. <[http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM\\_Problematica\\_indigena/\\_documentos/CONSULTApresentac.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/CONSULTApresentac.pdf)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

la materia que permitan una adecuada implementación de los procesos de consulta, tales como el Instituto Nacional de Antropología e Historia, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, por mencionar sólo algunos.

De acuerdo con la información y argumentación desarrolladas en este tomo, se propone la siguiente línea de modificación legislativa.

## **Reforma constitucional en materia de consulta y consentimiento libre, previo e informado**

A la fecha, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la obligación de la consulta pero de manera limitada y sin incorporar explícitamente los elementos de la consulta de acuerdo con los instrumentos internacionales analizados en el modelo normativo óptimo, que sea libre, previa, informada y culturalmente adecuada. Solamente contempla la obligación de la Federación y las entidades federativas de consultar a pueblos y comunidades indígenas en dos supuestos, uno para “definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos” (fracción II del apartado B del artículo 2) y el otro de consultar a las comunidades indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo, así como de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que se realicen (fracción IX del apartado B del artículo 2). Por esta razón, además de sólo considerar esta obligación en dichos supuestos, la Constitución únicamente establece la posibilidad de que se tomen en cuenta las recomendaciones y propuestas para llegar a un acuerdo y que se exprese así el consentimiento de las comunidades en lo que respecta a los planes de desarrollo, no así en lo que se refiere a programas educativos regionales. En los mismos términos aplica para comunidades equiparables y, como se había explicado, no se incluye explícitamente a los pueblos y comunidades afroamericanas.

Es así indispensable proponer una reforma constitucional que establezca el derecho a la consulta libre, previa, informada y culturalmente adecuada de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas no sólo en la elaboración de los planes de desarrollo nacional, estatal y municipal y en programas educativos regionales, sino también en todos los casos en que la medida legislativa y administrativa sea susceptible de afectarles de alguna manera, y que exija el consentimiento previo, libre e informado en aquellos casos en donde el proyecto ponga en riesgo los territorios y subsistencia de los pueblos y comunidades indígenas<sup>319</sup> y afroamericanas.

## **Ley marco en materia de consulta a los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas**

- › Avanzar en la aprobación de una ley marco sobre derecho a la consulta de los pueblos indígenas y afroamericanos, reglamentaria al artículo 2 Constitucional, que incorpore las características, procedimientos y principios que han sido manejados por la legislación internacional; aprovechar el proceso que se inició desde la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y las cámaras de diputados y senadores de la LXI Legislatura.<sup>320</sup>
- › Abrir un amplio proceso de discusión sobre los contenidos, formas, procedimientos y principios que corresponda a las problemáticas que actualmente viven los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas; una vez recogida una propuesta consensada en los pueblos, barrios y asambleas indígenas y afroamericanas e instancias representativas, realizar un proceso de consulta sobre la Ley de Consulta, pues ésta será sin duda una norma de gran

<sup>319</sup> Conapred, “Discriminación racial: obstáculo para el acceso a derechos en igualdad de todas las personas”, *op. cit.*

<sup>320</sup> *Idem.*

trascendencia en la equiparación de derechos y en la incorporación del derecho a la consulta en el marco jurídico nacional.

- › Es fundamental que esta ley establezca de forma general un proceso de consulta en su redacción y deberá considerarse que sea supletoria de todos los procesos de consulta y consentimiento previo, libre e informado de comunidades y pueblos indígenas y afromexicanos. Esto es fundamental debido a la diversa naturaleza de legislaciones que deberían considerarse. Una ley marco podría llenar las omisiones y lagunas de otras legislaciones en este tema.

## **Leyes energéticas**

- › De las 21 leyes en materia energética que fueron aprobadas o reformadas en 2015, pocas reconocen el derecho a la consulta de comunidades y pueblos indígenas, aunque de forma diferenciada. Tres de estas leyes mencionan la obligación de la consulta con pueblos y comunidades indígenas, la más avanzada de ellas es la Ley de Hidrocarburos que reconoce la consulta previa, libre e informada con comunidades y pueblos indígenas sobre el desarrollo de proyectos de la industria de hidrocarburos, e incluso esta consulta tendrá la finalidad de tomar en cuenta sus intereses y derechos, en los términos del artículo 120. Por su parte, la Ley de Energía Geotérmica hace referencia a la consulta de pueblos indígenas considerando los tres elementos (que sea previa, libre e informada), pero no hace alusión a adecuación cultural ni a la necesidad del consentimiento. Finalmente, la Ley de la Industria Eléctrica sólo menciona la obligación de la consulta a pueblos indígenas pero no especifica los elementos de ésta.
- › Es fundamental homologar en todas las leyes energéticas para incorporar la obligación de la consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada, ya que de no hacerlo

se podría generar una inseguridad jurídica sobre la forma, los sujetos y los efectos de la consulta y diferentes niveles de protección a estos pueblos.

## Ley Minera

- ▶ Un problema medular en la Ley Minera se relaciona con el papel marginal que tienen los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas en donde se desarrollarán proyectos mineros. Actualmente, se definen al margen de las comunidades locales, que no son consideradas en la toma de decisiones, y no se establece un procedimiento de consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada que respete los elementos de la consulta, ya que, tal como se mencionó, la ley no establece un procedimiento de consulta.<sup>321</sup>
- ▶ Los pueblos indígenas y afromexicanos, por su parte, no son mencionados en ningún momento en la Ley Minera. Esta situación se registra también en el resto de las leyes que determinan las posibilidades de participación de los pueblos indígenas y afromexicanos en los proyectos mineros. En la práctica, los pueblos indígenas cuentan con escasos recursos jurídicos para defender su derecho a la información, participación, consulta y decisión en el diseño y ejecución de políticas de desarrollo.<sup>322</sup>
- ▶ “Es necesario modificar la Ley Minera para exigir el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas en donde se pretendan realizar actividades extractivas, sobre todo cuando se trata de minería a cielo abierto, por las consecuencias ambientales y a los territorios que la actividad minera puede traer consigo”.<sup>323</sup>

<sup>321</sup> *Idem.*

<sup>322</sup> *Idem.*

<sup>323</sup> *Idem.*



## **Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y leyes ambientales reglamentarias**

- › La Ley General del Equilibrio Ecológico no se refiere a los pueblos y comunidades indígenas específicamente, por lo que es necesario reformar el artículo 34 de esta Ley para exigir que en los casos de manifestaciones de impacto ambiental, así como de ampliaciones y modificaciones a las mismas, será necesario contar con un procedimiento especial de consulta previa, libre, informada y culturalmente adecuada a los pueblos indígenas y afromexicanos, principalmente cuando se trate de proyectos de gran escala que impacten directamente los derechos colectivos fundamentales de sus pueblos y comunidades.
- › Estas consultas deberán ser previas al otorgamiento de licencias y permisos ambientales y se deberán tomar las medidas necesarias para que los pueblos puedan acceder a la información previa, suficiente y culturalmente adecuada, y en los casos que se requiera la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) fomentará que universidades y personas expertas independientes evalúen los impactos del proyecto en coadyuvancia con los pueblos indígenas y afromexicanos afectados (esto sería un mecanismo de igualdad ante las condiciones de asimetría de poder e información que puedan presentarse).
- › Incorporar en la medida que establece el Plan Nacional de Desarrollo la consulta previa como un elemento en la definición de la política ambiental de una manera transversal, asegurando que la protección del medio ambiente y los recursos naturales se convierta en una responsabilidad compartida. En esta política ambiental y, en especial, en aquellos aspectos que afecten a poblaciones indígenas y afromexicanas donde se respeten los derechos de autonomía y libre determinación, el derecho al territorio, el derecho a la participación y claramente el derecho a la

consulta, y en donde, al mismo tiempo, el Estado mexicano cumpla con las obligaciones que se desprenden de la legislación internacional en materia de derechos humanos y también en la ambiental.

- › Similarmente, en la Ley General de Vida Silvestre, artículo 97, es necesario considerar específicamente como requisito para la obtención del consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas, como propietarias o poseedoras de los predios donde se pretenda realizar la colecta de ejemplares de vida silvestre, tomando como supuesto que son personas colectivas que tienen que dar su consentimiento libre, previo e informado a través de un proceso culturalmente adecuado.

## Áreas Naturales Protegidas

- › La conservación o el establecimiento de Áreas Naturales Protegidas (ANP) no puede continuar desarrollándose sin la consulta y participación de los pueblos indígenas y afroamericanos, de acuerdo con los compromisos internacionales; además, como una política de no discriminación, es necesario incorporar a los pueblos en la toma de decisiones sobre la planeación y manejo de las ANP, permitiendo en todo momento su subsistencia como pueblos, lo que incluye las actividades ceremoniales y la siembra tradicional.
- › También debe realizarse una modificación en cuanto a las áreas de conservación voluntaria, para que sigan siendo los pueblos indígenas y afroamericanos los responsables de su cuidado y conservación, asegurando que no se les quite el carácter voluntario, como ha venido sucediendo hasta ahora cuando se les imponen planes de manejo elaborados por técnicos forestales, sin la consulta a los pueblos involucrados.

## Otras leyes relacionadas con proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales

- › Hacer una revisión de las leyes relacionadas con el diseño e implementación de proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales que incluya a la Ley de Aguas Nacionales, la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, la Ley de Expropiaciones, la Ley Agraria y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, con la finalidad de establecer procedimientos de consulta previa, libre, informada y adecuada culturalmente a los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas cuando se emprendan proyectos o políticas que afecten sus derechos colectivos fundamentales a fin de hacer efectivo el derecho a la consulta en sus tres aspectos: como derecho procedimental incorporado como un requisito en el otorgamiento de licencias o concesiones, como derecho colectivo de los pueblos y como obligación del Estado.
- › No se debe olvidar que dentro de los alcances del derecho a la no discriminación en materia del derecho a la consulta, debe considerarse que el procedimiento para la misma debe llevarse a cabo con una pertinencia cultural, a fin de considerar las especificidades culturales de los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas y estar en condiciones de adoptar las medidas apropiadas para garantizarles el ejercicio efectivo de éste y otros derechos, tales como los de libre determinación, a tener su propia forma de organización y formas de generar consensos, al uso de la lengua materna, entre otros.

En el mismo sentido, y para finalizar con este apartado de propuestas, se sugiere enfatizar la perspectiva de género, que siempre debe incluir el proceso de consulta, asegurando que las mujeres de los pueblos y comunidades indígenas y afro-mexicanas estén representadas al momento de tomar internamente las decisiones.

# B

**BIBLIOGRAFÍA**



## Libros y artículos académicos

- ANTÓN SÁNCHEZ, Jhon y Fabiana Del Popolo, *Visibilidad estadística de la población afrodescendiente de América Latina: aspectos conceptuales y metodológicos* [en línea]. Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, 2008, p. 20. (Población y desarrollo, 87). <[http://segib.org/upload/File/doc\\_dis\\_1.pdf](http://segib.org/upload/File/doc_dis_1.pdf)>. [Consulta: 20 de julio, 2015.]
- ARANGO, María F. y Óscar Garzón Grandas, *Derecho a la consulta previa en la región andina* [en línea]. Bogotá, Indepaz, noviembre de 2011, p. 3. <[http://www.setianworks.net/indepazHome/attachments/696\\_La%20Consulta%20previa%20en%20la%20regi%C3%B3n%20andina.pdf](http://www.setianworks.net/indepazHome/attachments/696_La%20Consulta%20previa%20en%20la%20regi%C3%B3n%20andina.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Comentario sobre el artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, José Luis Caballero Ochoa y Christian Steiner, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia nacional e interamericana*. [en línea], México, SCJN-KAS, 2014. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>>. [Consulta: 3 de junio, 2015.]
- CABAÑAS, Andrés, “Democracia, diálogo y desarrollo, según Hidro Santa Cruz”, en *Albedrío. Revista electrónica de discusión y propuesta social* [en línea]. Guatemala, 2013, año 9. <<http://www.albedrio.org/htm/articulos/a/acabanas-147.html>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CÁMARA DE TURISMO DE LA CEIBA, *Guía de consultas para inversionistas, proyectos responsables con los pueblos indígenas y afrohondureños* [en línea]. <<http://www.camara deturismodelaceiba.com/wp-content/uploads/2013/12/Guia-de-preguntas-sobre-el-Convenio-169.pdf>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS MIGUEL AGUSTÍN PRO JUÁREZ, *Han destruido la vida en este lugar. Megaproyectos,*

*violaciones a derechos humanos y daños ambientales* [en línea]. México, Centro Prodh, 2012. <[https://chiltepin.es.files.wordpress.com/2013/02/informe\\_final\\_-megaproyectos\\_web.pdf](https://chiltepin.es.files.wordpress.com/2013/02/informe_final_-megaproyectos_web.pdf)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *Contar con todos. Caja de herramientas para la inclusión de pueblos indígenas y afrodescendientes en los censos de población y vivienda Módulo 3. ¿Quiénes son los pueblos indígenas y afrodescendientes?: el difícil arte de contar* [en línea]. Doc. LC/R.2181/Add.2, 2011. <[http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1446/S2011512\\_es.pdf?sequence=3](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/1446/S2011512_es.pdf?sequence=3)>. [Consulta: 31 de julio, 2015.]

COMISIÓN MULTIPARTIDARIA ENCARGADA DE ESTUDIAR Y RECOMENDAR LA SOLUCIÓN A LA PROBLEMÁTICA INDÍGENA, *Informe Consulta Previa. Derecho Fundamental de los Pueblos Indígenas e Instrumento de Gestión Estatal para el Fortalecimiento de la Democracia* [en línea]. Lima, Congreso de la República del Perú, Legislatura 2008-2009, 2009. <[http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM\\_Problematica\\_indigena/\\_documentos/CONSULTA\\_presentac.pdf](http://www.congreso.gob.pe/comisiones/2010/CEM_Problematica_indigena/_documentos/CONSULTA_presentac.pdf)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Recomendación 53/2012* [en línea]. 28 de septiembre de 2012. Recomendación Cuarta al Secretario de Economía. <[http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec\\_2012\\_053.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_053.pdf)>. [Consulta: 05 de agosto, 2015.]

COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Recomendación 56/2012* [en línea]. 28 de septiembre de 2012. <[http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec\\_2012\\_056.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2012/Rec_2012_056.pdf)>. [Consulta: 23 de julio, 2013.]

COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Informe final de la Consulta para la identificación de comunidades afrodescendientes* [en línea]. Coord. Liliana Garay Cartas. México, CDI, 2012. <[http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=206](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=206)>. [Consulta: 24 de octubre, 2015.]

- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, *Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* [en línea]. Febrero de 2013. <[http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=217&Itemid=200019](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=217&Itemid=200019)>. [Consulta: 25 de junio, 2015.]
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN, *Derechos colectivos y reconocimiento constitucional de las poblaciones afro mexicanas*. Introducción histórica de María Elisa Velázquez, Gabriela Iturralde Nieto y Sergio Ramírez Caloca. México, Conapred, 2015. (Legislar Sin Discriminación, VII)
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN, “Discriminación racial: obstáculo para el acceso a derechos en igualdad de todas las personas”, en “Noticias” [en línea]. México, 20 de marzo de 2013. <[http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=3754&id\\_opcion=108&op=214](http://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=3754&id_opcion=108&op=214)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]
- ESCALANTE BETANCOURT, Yuri, *Derechos de los pueblos indígenas y discriminación étnica o racial* [en línea]. México, Conapred, 2009. (Cuadernos de la igualdad, 11). <[http://www.conapred.org.mx/documentos\\_cedoc/CI011.pdf](http://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/CI011.pdf)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]
- FUNDACIÓN PARA EL DEBIDO PROCESO LEGAL, *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú* [en línea]. Washington, D. C. y Lima, Fundación para el Debido Proceso Legal / Oxfam, 2011. <<http://www.dplf.org/sites/default/files/1301596126.pdf>>. [Consulta: 27 de octubre, 2015.]
- GRUESO CASTELBLANCO, Libia Rosario, *El derecho de las comunidades afrocolombianas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información y reflexión para su aplica-*



- ción desde la perspectiva de los Derechos Humanos* [en línea]. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, p. 87. <[http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?eID=dam\\_frontend\\_push&docID=13139](http://www.acnur.org/t3/recursos/publicaciones/publicaciones/?eID=dam_frontend_push&docID=13139)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- IZARD MARTÍNEZ, Gabriel, “De Florida a Coahuila. El grupo Mascogo y la presencia de una cultura afrocriolla en el norte de México”, en *Humania del Sur* [en línea]. Julio-diciembre, 2007, año 2, núm. 3, pp. 13-24. <<http://www.nacionmulticultural.unam.mx/reconocimientopueblosnegros/docs/162.pdf>>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco y Mayra Montserrat Eslava Galicia, *El mineral o la vida. La legislación minera en México* [en línea]. México, COAPI, A. C. / Pez en el árbol / Red-Imjim, A. C., 2011. <[http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/El\\_mineral\\_o\\_la\\_vida\\_0.pdf](http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/El_mineral_o_la_vida_0.pdf)>. [Consulta: 25 de febrero de 2015.]
- MERINO, Mauricio y Carlos Vilalta, *La desigualdad de trato en el diseño del gasto público federal mexicano. Indicadores sobre equidad, visibilidad e inclusión en los programas presupuestarios federales de 2010 a 2012*. México, CIDE / Conapred, 2014.
- OFICINA EN MÉXICO DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *El derecho a la consulta de los pueblos indígenas: La importancia de su implementación en el contexto de los proyectos de desarrollo a gran escala* [en línea]. México, OACNUDH, 2011. <[http://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/DerechoConsulta\\_PI.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoConsulta_PI.pdf)>. [Consulta: 29 de julio, 2015.]
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (No. 169). Manual para los mandantes tripartitos de la OIT* [en línea]. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2013, p. 2. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@)

normes/documents/publication/wcms\_205230.pdf>. [Consulta: 20 de julio, 2015.]

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la constitución de la OIT por el Sindicato de Trabajadores de la Universidad Autónoma de México (STUNAM) y el Sindicato Independiente de Trabajadores de la Jornada (Sitra-jor)* [en línea]. Doc. GB.282/15/3, Consejo de Administración, 289ª reunión, marzo, 2004. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507231,es:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507231,es:NO)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica. Una guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT* [en línea]. Programa para Promover el Convenio No. 169 de la OIT (pro 169). Ginebra, OIT, 2009. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_113014.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_113014.pdf)>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, “Pueblos indígenas y afrodescendientes en la región: Hacia la igualdad de oportunidades y el trabajo decente”, en *Panorama Laboral 2007. América Latina y el Caribe* [en línea]. Lima, OIT, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2007. <<http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/panorama/panorama07%5Bart-1%5D.pdf>>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Reclamación en la que se alega el incumplimiento por México del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por nueve organizaciones de trabajadores* [en línea]. Doc. GB. GB.285/19, Consejo de Administración, 289ª reunión, marzo, 2004. <<http://www.ilo.org/dyn/normlex/>

es/f?p=1000:50012:0::NO:50012:P50012\_COMP  
LAIN\_T\_PROCEDURE\_ID,P50012\_LANG\_CODE:  
2507439,es:NO>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Derechos de las minorías. Normas internacionales y orientaciones para su aplicación* [en línea]. Doc. HR/PUB/10/3. Nueva York/Ginebra, Naciones Unidas, 2010, <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/MinorityRights_sp.pdf)>. [Consulta: 2 de julio, 2015.]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas. Informe final que presenta el Relator Especial, José R. Martínez Cobo* [en línea]. Doc. E/CN.4/Sub. 2/1983/21/Add.8, 30 de septiembre de 1983. <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/MCS\\_xvii\\_en.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/MCS_xvii_en.pdf)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Marginalised Minorities in Development Programming. A UNDP resource guide and toolkit* [en línea]. Nueva York, PNUD, 2010. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/UNDP\\_MarginalisedMinorities.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Minorities/UNDP_MarginalisedMinorities.pdf)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Prevención de discriminaciones y protección a los pueblos indígenas y a las minorías. Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra. Documento de trabajo final preparado por la Relatora Especial, Sra. Érica-Irene A. Daes* [en línea]. Doc. E/CN.4/Sub.2/2001/21, 11 de junio de 2001. <[http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc\\_id=7280](http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=7280)>. [Consulta 19 de febrero, 2015.]

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya* [en línea]. Doc. A/HRC/12/34, 15 de julio de

2009. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

RODRÍGUEZ GARAVITO, César y Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paul Buriticá, *La consulta previa a pueblos indígenas. Los estándares del derecho internacional* [en línea]. Bogotá, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, 2010. <[http://www.banrepultural.org/sites/default/files/89983/La\\_consulta\\_previa\\_a\\_pueblos\\_indigenas.pdf](http://www.banrepultural.org/sites/default/files/89983/La_consulta_previa_a_pueblos_indigenas.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

*Sustentación del Decimosexto y Decimoséptimo Informe Consolidado de México sobre el Cumplimiento de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ante el CERD* [en línea]. Ginebra 14 y 15 de febrero de 2012. <[http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Sustentacion\\_16\\_17\\_Mex\\_CERD.pdf](http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Sustentacion_16_17_Mex_CERD.pdf)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

TORO HUERTA, Mauricio Iván Del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* [en línea]. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/estrev/derint/cont/6/art/art12.htm>>. [Consulta: 10 de abril, 2015.]

VARGAS LIMA, Alan E., *El derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios en el Estado Plurinacional de Bolivia* [en línea]. <<http://es.scribd.com/doc/80924746/El-Derecho-a-la-Consulta-Previa-a-los-Pueblos-Indigenas-en-el-Estado-Plurinacional-de-Bolivia>>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

## Instrumentos internacionales

### Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad [en línea]. Adoptada por la Asamblea General por la resolución A/RES/61/106 el 13 de diciembre de 2006, en vigor el 3 de mayo de 2008. <<http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=617>>. [Consulta: 26 de noviembre, 2015.]

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas [en línea]. Doc. A/61/L.67 y Add. 1, 2007. <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf)>. [Consulta: 12 de febrero, 2015.]

Declaración Universal de Derechos Humanos [en línea]. Adoptada por la Asamblea General por la resolución A/RES/217 (III) el 10 de diciembre de 1948. <<http://www.un.org/es/documents/udhr/>>. [Consulta: 20 de marzo, 2015].

*Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* [en línea]. Doc. A/CONF.189/12. Durban, 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001. <<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12>>. [Consultado el 24 de junio, 2015.]

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [en línea]. Doc. A/RES/2200 (XXI), adoptado por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966, en vigor el 23 de marzo de 1976. Ratificado por México el 23 de marzo de 1981. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>>. [Consulta: 20 de marzo, 2015.]

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [en línea]. Adoptado por la Asamblea General por la resolución A/RES/2200 A (XXI) el 16 de diciembre de 1966, en vigor 3 de enero de 1976. Ratificado por México el 23 de marzo de 1981. <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>>. [Consulta: 3 de abril, 2015.]

## Comité de Derechos Humanos

- Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos. Examen de los informes presentados por los Estados parte en virtud del artículo 40 del Pacto. México* [en línea]. Doc. CCPR/C/MEX/CO/5. 98º periodo de sesiones. Nueva York, 8 al 26 de marzo de 2010. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/MEX/CO/5&Lang=Sp](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/MEX/CO/5&Lang=Sp)>. [Consulta: 27 de agosto, 2015.]
- Observación general No. 23. Derecho de las minorías* [en línea]. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183. 50º periodo de sesiones, 1994. <<http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom23.html>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

## Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales

- Observación general No. 20. La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* [en línea]. Doc. E/C.12/GC/20. 42º periodo de sesiones. Ginebra, 2 de julio de 2009. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.20_sp.doc)>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]
- Observación general No. 21. Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)* [en línea]. Doc. E/C.12/GC/21/Rev.1, 43º periodo de sesiones. Ginebra, 2 al 20 de noviembre de 2009. <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.GC.21.Rev.1-SPA.doc>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

## **Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)**

*Información adicional sobre la situación de la discriminación que sufren los pueblos indígenas en México.* Presentación de los informes 16° y 17° de México en su 80° periodo de sesiones, el 14 y 15 de febrero de 2012 [en línea]. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/RNOC\\_Mexico\\_CERD80\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/ngos/RNOC_Mexico_CERD80_sp.pdf)>. [Consulta: 29 de julio, 2015.]

*Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención.* México [en línea]. Doc. CERD/C/MEX/CO/16-17. 80° periodo de sesiones, 13 de febrero a 9 de marzo de 2012. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.MEX.CO.16-17\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/CERD.C.MEX.CO.16-17_sp.pdf)>. [Consulta: 23 de julio, 2015.]

*Recomendación general No. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas* [en línea]. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248. 51° periodo de sesiones, 1997. <<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sgencom23.html>>. [Consulta: 31 de agosto, 2015.]

*Recomendación general No. 34. Discriminación racial contra afrodescendientes* [en línea]. Doc. CERD/C/GC/34, 79° periodo de sesiones, 8 de agosto al 2 de septiembre de 2011. <[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f34&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CERD%2fC%2fGC%2f34&Lang=en)>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

## **Organización Internacional del Trabajo (OIT)**

Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes [en línea]. Adoptado en la septuagésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo en Ginebra, Suiza, el 27 junio de 1989. Oficina Regional para

América Latina y el Caribe, Lima, Perú, 2ª ed., 2007. <[http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf)>. [Consulta: 4 de julio, 2015.]

*Observación individual a Bolivia sobre el Convenio 169* [en línea]. Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Adopción: 2004. Publicación: 93ª reunión CIT, 2005. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID:2243444](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:2243444)>. [Consulta: 31 de julio, 2015.]

## Informes y resoluciones

*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 (No. 169), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Central Unitaria de Trabajadores (CUT)* [en línea]. 1999. <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX\\_PUB:50012:0::NO::P50012\\_COMPLAINT\\_PROCEDURE\\_ID,P50012\\_LANG\\_CODE:2507143,es](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEX_PUB:50012:0::NO::P50012_COMPLAINT_PROCEDURE_ID,P50012_LANG_CODE:2507143,es)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Informe III (Parte 1A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países* [en línea]. Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 98ª reunión, 2009. <[http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_103488.pdf](http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_103488.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

OIT, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución). Tercer punto del orden del día: Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones. Informe III (Parte 1A). Informe General y observaciones referidas a ciertos países.* [en línea]. Doc. ILC.100/III/1A. Ginebra, Conferencia In-



- ternacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011. <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_151559.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_151559.pdf)>. [Consulta: 31 de julio, 2015.]
- OIT, *Estudio general de las memorias relativas al Convenio sobre la consulta tripartita (normas internacionales del trabajo), 1976 (No. 144) y relativas a la Recomendación sobre la consulta tripartita (actividades de la Organización Internacional del Trabajo), 1976 (No. 152). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución)* [en línea]. Ginebra, OIT, 2000. <<http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663%282000-88-1B%29114.pdf>>. [Consulta: 27 de agosto, 2015.]
- ONU, Asamblea General, Consejo de Derechos Humanos, *Informe definitivo del estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones* [en línea]. Doc. A/HRC/18/42. 18º periodo de sesiones, 17 de agosto de 2011. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate_sp.pdf)>. [Consulta: 27 de octubre, 2015.]
- ONU, *Comentarios del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas en relación con el borrador preliminar de Reglamento para el Proceso de Consulta del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Guatemala)*. 7 de febrero de 2011.
- ONU, Comisión de Derechos Humanos, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Misión a México* [en línea]. Doc. E/CN.4/2004/80/Add.2. <[http://observatoriopoliticasocial.org/sitioAnterior/images/PDF/Biblioteca/biblioteca\\_2010/ONU\\_docs/Informes\\_relatores/Indigenas/2003\\_mxico\\_indigenas.pdf](http://observatoriopoliticasocial.org/sitioAnterior/images/PDF/Biblioteca/biblioteca_2010/ONU_docs/Informes_relatores/Indigenas/2003_mxico_indigenas.pdf)>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]
- ONU, Consejo de Derechos Humanos, *Documento de antecedentes de la Experta independiente en cuestiones de minorías,*

- Sra. Gay McDougall, sobre las minorías y su participación política efectiva* [en línea]. Doc. A/HRC/FMI/2009/3. 2º periodo de sesiones, Ginebra, 12 y 13 de noviembre de 2009. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.23\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/13session/A.HRC.13.23_sp.pdf)>.
- ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Informe del Taller Internacional sobre Metodologías de Consentimiento Libre, Previo e Informado y Pueblos Indígenas del 17 a 19 de enero de 2005* [en línea]. Nota de información preparada por la Secretaria de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 10 de enero de 2005. <[http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop\\_FPIC\\_WIPO\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/workshop_FPIC_WIPO_es.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ONU, Grupo de Trabajo sobre las Minorías, *Comentario del Grupo de Trabajo sobre las Minorías acerca de la declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas* [en línea]. Doc. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/2. 11º periodo de sesiones, 30 de mayo al 3 de junio de 2005. <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/133/84/PDF/G0513384.pdf?OpenElement>>.
- ONU, *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquis en Costa Rica* [en línea]. 30 de mayo de 2010. <<http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/rapporteur/docs/proyectoEIDiquis30-5-11.pdf>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ONU, *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas. Principios internacionales aplicables a la consulta en relación con la reforma constitucional en materia de derechos de los pueblos indígenas en Chile* [en línea]. 24 de abril de 2009. <<http://www.ohchr.org/Documents/>

- Issues/IPeoples/SR/InformeConsultaChile.pdf>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. La situación de los pueblos indígenas en Chile. Seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior* [en línea]. Doc. A/HRC/12/34/Add.6., 5 de octubre de 2009, párr. 42. <[http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/12session/A.HRC.12.34.Add.6_sp.pdf)>. [Consulta: 23 de febrero, 2015.]
- ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/57 de la Comisión . Misión a Guatemala.* [en línea]. Doc. E/CN.4/2003/90/Add.2, 10 de febrero de 2003. <[http://www.ohchr.org.gt/cd\\_instrumentos/documentos/Puein.pdf](http://www.ohchr.org.gt/cd_instrumentos/documentos/Puein.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ONU, Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “Opinión No. 2 (2011) del Mecanismo de Expertos: Los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones”, en *Estudio definitivo sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones* [en línea]. Doc. A/HRC/EMRIP/2011/2, 26 de mayo de 2011. <[http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/finalreportStudyIPRightParticipate_sp.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

## **Sistema Interamericano de Derechos Humanos**

### **Organización de los Estados Americanos (OEA)**

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales*

y recursos naturales. *Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* [en línea]. Washington, D. C., CIDH, 2009. <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe No. 76/12, Caso 12.548, Fondo, Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros*, Honduras, 7 de noviembre de 2012. <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.548FondoEsp.doc>>. [Consulta: 28 de octubre, 2015.]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe No. 125/12, Caso 12.354, Fondo, Pueblos Indígenas Kuna de Madungandi y Embera de Bayano y sus Miembros*, Panamá, 13 de noviembre de 2012. <<https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/12.354FondoEsp.doc>>. [Consulta: 28 de octubre, 2015.]

CORTE IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas* [en línea]. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, No. 172. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_172\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf)>. [Consulta: 4 de julio, 2015.]

CORTE IDH, *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador* [en línea]. Sentencia de 27 de junio de 2012. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)>. [Consulta: 15 de julio, 2015.]

CORTE IDH, *Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 23 de noviembre de 2011. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia* [en línea]. <[http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka\\_23\\_11\\_11.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/saramaka_23_11_11.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

## Legislación de México

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, última reforma publicada el 10 de julio de 2015.
- Ley Agraria. Publicada en el *DOF* el 26 de febrero de 1992. Última reforma publicada en el *DOF* el 9 de abril de 2012.
- Ley de Aguas Nacionales. Publicada en el *DOF* el 1º de diciembre de 1992. Última reforma publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.
- Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados. Publicada en el *DOF* el 18 de marzo de 2005.
- Ley de Ciencia y Tecnología. Publicada en el *DOF* el 5 de junio de 2002. Última reforma publicada en el *DOF* el 28 de enero de 2011.
- Ley de Desarrollo Rural Sustentable. Publicada en el *DOF* el 7 de diciembre de 2001.
- Ley de Energía Geotérmica. Publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.
- Ley de Hidrocarburos. Publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.
- Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Publicada en el *DOF* el 21 de mayo de 2003. Última reforma publicada en el *DOF* el 9 de abril de 2012.
- Ley de la Industria Eléctrica. Publicada en el *DOF* el 11 de agosto de 2014.
- Ley del Instituto Nacional de la Juventud. Publicada en el *DOF* el 6 de enero de 1999. Última reforma publicada en el *DOF* el 2 de abril de 2015.
- Ley de Planeación. Publicada en el *DOF* el 5 de enero de 1983. Última reforma publicada en el *DOF* el 6 de mayo de 2015.
- Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas. Publicada en el *DOF* el 15 de junio de 2007.
- Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas. Publicada en el *DOF* el 13 de marzo de 2013. Última reforma publicada en el *DOF* el 9 de abril de 2012.

- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. Publicada en el *DOF* el 25 de febrero de 2003. Última reforma publicada en el *DOF* el 26 de marzo de 2015.
- Ley General de Desarrollo Social. Publicada en el *DOF* 20 de enero de 2004. Última reforma publicada en el *DOF* el 4 de noviembre de 2013.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) en materia de Áreas Naturales Protegidas. Publicada en el *DOF* el 30 de noviembre de 2000. Última reforma publicada en el *DOF* el 21 de mayo de 2014.
- Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentable. Publicada en el *DOF* el 24 de junio de 2013. Última reforma publicada en el *DOF* el 5 de diciembre de 2014.
- Ley General de Vida Silvestre. Publicada en el *DOF* el 3 de julio de 2000.
- Ley Minera. Publicada en el *DOF* el 26 de junio de 1992. Última reforma publicada en el *DOF* el 26 de junio de 2006.

## **Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)**

- Amparo en revisión 631/2012 [en línea]. Primera Sala. SCJN. México. <[http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf\\_sentenciarelevante/12006310.002-1712\\_0.pdf](http://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/sites/default/files/engrosepdf_sentenciarelevante/12006310.002-1712_0.pdf)>. [Consulta: 13 de julio, 2015.]
- Amparo en revisión 631/2013 [en línea]. 2013, p. 84. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=159881&SinBotonRegresar=1>>. [Consulta: 25 de junio, 2015.]
- Amparo en revisión 781/2011 (Caso “Barrancas del Cobre”) [en línea]. <<http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/cerrados/Publico/11007810.002.doc>>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]
- Expediente 232/2011, Solicitud ejercicio de la facultad de atracción, Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos* [en línea]. <<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/>>

Detallepub.aspx?AsuntoID=132107&SinBoton Regresar=1>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]

*Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas* [en línea]. 2a. ed. México, SCJN, 2014. <<http://www.amij.org.mx/protocolos/Protocolo%20Indigenas.pdf>>. [Consulta: 19 de febrero, 2015.]

Tesis: 1a. CCXXXVI/2013 (10a.). COMUNIDADES Y PUEBLOS INDÍGENAS. TODAS LAS AUTORIDADES, EN EL ÁMBITO DE SUS ATRIBUCIONES, ESTÁN OBLIGADAS A CONSULTARLOS, ANTES DE ADOPTAR CUALQUIER ACCIÓN O MEDIDA SUSCEPTIBLE DE AFECTAR SUS DERECHOS E INTERESES. *Semanario Judicial de la Federación* [en línea]. México, SCJN, agosto de 2013, décima época, libro 23, tomo I, Primera sala. Registro No. 2004170. <[http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=derechos%2520humanos%2520pueblos%2520ind%25C3%25ADgenas&Dominio=Rubro,Texto&TA\\_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2004170&Hit=4&IDs=2006469,2005530,2004169,2004170,170126&tipoTesis=&Semenario=0&tabla](http://200.38.163.178/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=derechos%2520humanos%2520pueblos%2520ind%25C3%25ADgenas&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2004170&Hit=4&IDs=2006469,2005530,2004169,2004170,170126&tipoTesis=&Semenario=0&tabla)>. [Consulta: 13 de abril, 2016.]

Tesis: 1a. CCCXL/2013 (10a.). INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. México. Primera Sala. Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, p. 530. Registro No. 2 005 135.

Tesis: I.5o.C.9 K (10a.), PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN NO JUSTIFICA QUE EN LA TUTELA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL SE VULNEREN OTROS. *Semanario Judicial de la Federación*. Dé-

cima Época, México, Ubicada en Publicación Semanal, 5 de junio de 2015. Registro No. 2 009 329.

Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* [en línea]. México, scjn, abril de 2014, Décima Época, Libro 5, Tomo I, Pleno y Salas. Registro No. 2006224. <[https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/5\\_ABR.pdf](https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/5_ABR.pdf)>.

Tesis P./J. 21/2014 (10a.) JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* [en línea]. México, scjn, abril 2014, Décima Época, Libro 5, Tomo I, Pleno. Registro No. 2006225. <<https://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Documents/Boletin/2014/PDFs/TesisPleno25abral9may2014.pdf>> [Consulta: 13 de abril, 2015.]

## Legislación de otros países

CONGRESO DE COLOMBIA, Ley 70 de 1993. *Diario oficial* [en línea]. 31 de agosto de 1993, núm. 41.013. <<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4404.pdf?view=1>>. [Consulta. 20 de febrero, 2015.]

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE PERÚ, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la Organización Internacional



- del Trabajo (OIT) [en línea]. <<http://www.presidencia.gob.pe/ley-de-consulta-previa-promulgada-hoy-en-bagua>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991 [en línea]. <[http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA [en línea], publicada el 7 de febrero de 2009. <<http://bolivia.infoleyes.com/shownorm.php?id=469>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Sentencia C-461/08. Demanda de Inconstitucionalidad de Ley del Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010* [en línea]. Sentencia C-461/08. <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/c-461-08.htm>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, *Sentencia T- 909 de 2009* [en línea]. Bogotá, Colombia, diciembre de 2007. <[http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Tutela\\_Corte\\_Naya.pdf](http://www.colectivodeabogados.org/IMG/pdf/Tutela_Corte_Naya.pdf)> [Consulta: 23 de julio, 2015.]
- Decreto Supremo No. 29033 de 16 de febrero de 2007, Reglamento de Consulta y Participación para Actividades Hidrocarbúferas* [en línea]. 16 de febrero de 2007. <<http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/leyn/docs/Bo1-DS-29033-07Consulta-Activ-Hidrocarb.doc>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN, SUBSECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN DE LA REPÚBLICA DE CHILE, *Decreto 124. Reglamenta el artículo 34 de la ley No. 19.253 a fin de regular la consulta y la participación de los pueblos indígenas* [en línea]. Santiago, Chile, 4 de septiembre de 2009. <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1006486>>. [Consulta: 20 de febrero de 2015.]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ, *Sentencia del Tribunal Constitucional. Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta*

por Gonzalo Tunama Tunama, en representación de más de 5000 ciudadanos contra el Decreto Legislativo No. 1089 [en línea]. Exp. núm. 0022-2009-PI/TC. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00022-2009-AI.html>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

## Referencias en línea

“Audiencia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Racismo en América Latina y el Caribe”, en *Plataforma de Integración Cubana* [en línea]. 1 de noviembre de 2013. <<http://www.cubaintegra.org/blog/audiencia-ante-la-comisin-interamericana-de-derechos-humanos>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

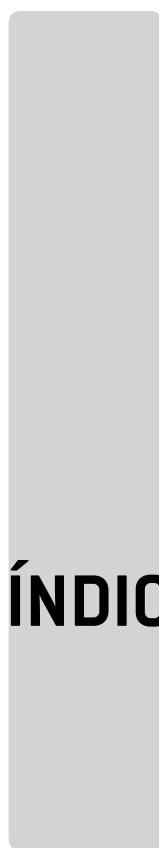
CÁMARA DE DIPUTADOS, “Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide La Ley Federal de Consulta a Pueblos y Comunidades Indígenas” [en línea]. Comisión de Asuntos Indígenas, México, 25 de marzo de 2010. <[https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww3.diputados.gob.mx%2Fcamara%2Fcontent%2Fdownload%2F234468%2F641531%2Ffile%2FINICIATIVA%2520CON%2520PROYECTO%2520DE%2520DECRETO%2520CONSULTA%2520A%2520PUEBLOS%2520INDIGENAS.pdf&ei=Qq7rVKfLNY\\_lsAT\\_t4HgAQ&usg=AFQjCNFWCYkolORVKLR5idz9B8do2fIMPg&bvm=bv.86475890,d.cWc](https://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CB0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww3.diputados.gob.mx%2Fcamara%2Fcontent%2Fdownload%2F234468%2F641531%2Ffile%2FINICIATIVA%2520CON%2520PROYECTO%2520DE%2520DECRETO%2520CONSULTA%2520A%2520PUEBLOS%2520INDIGENAS.pdf&ei=Qq7rVKfLNY_lsAT_t4HgAQ&usg=AFQjCNFWCYkolORVKLR5idz9B8do2fIMPg&bvm=bv.86475890,d.cWc)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos naturales, IX. Derechos a la Participación, la Consulta y el Consentimiento* [en línea]. <<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.IX.htm>>. [Consulta: 25 de febrero, 2015.]

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), “La Relatoría de los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial llama a renovar el compromiso para superar el trágico legado de la esclavitud en las Américas” [en línea]. Comunicado de prensa No. 18/07. <<http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2007/18.07sp.htm>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- “Congreso aprueba proyecto de Ley de Consulta Previa”, en *RPP Noticias* [en línea]. Lima, 23 de agosto de 2011. <[http://www.rpp.com.pe/2011-08-23-congreso-aprueba-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-noticia\\_397205.html](http://www.rpp.com.pe/2011-08-23-congreso-aprueba-proyecto-de-ley-de-consulta-previa-noticia_397205.html)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- CONGRESO DEL ESTADO DE JALISCO. LX LEGISLATURA, “A consulta, propuesta de reforma a la Ley sobre los Derechos y Desarrollo de los Pueblos Indígenas” [en línea]. <<http://www.congreso.jalisco.gob.mx/congreso/V2/LX/?q=boletines/consulta-propuesta-de-reforma-la-ley-sobre-los-derechos-y-desarrollo-de-los-pueblos-ind>>. [Consulta: 25 de junio, 2015.]
- “Consulta y consentimiento”, en *Territorio Indígena y Gobernanza* [en línea]. <<http://www.territorioindigenaygobernanza.com/consultavscconsentimiento.html>>. [Consulta: 23 de febrero, 2015.]
- “Interpretación de la sentencia en el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam” [en línea]. <<http://www.derechos.org/nizkor/econ/saramaka1.html>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- “ONU: El deber de consultar... el derecho primordial de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en *Servicios de Comunicación Intercultural (Servindi)* [en línea]. 1 de septiembre de 2009. <<http://servindi.org/actualidad/15950>>. [Consulta: 24 de febrero, 2015.]
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Declaración”, en *Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia* [en línea]. Durban, 31 de agosto a 8 de septiembre de 2001. Documento A/CONF.189/12. <<http://>

- [www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/CONF.189/12)>. [Consulta: 24 de junio, 2015.]
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas [en línea]. <<http://social.un.org/index/indigenouses/>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Marco Normativo del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas”, en Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [en línea]. <[http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HR Council/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47\\_sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session21/A-HRC-21-47_sp.pdf)>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, “Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” [en línea]. <[http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRI\\_Sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/UNDRIPManualForNHRI_Sp.pdf)> [Consulta: 20 de febrero 2015.]
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “CIDH presenta caso sobre Honduras a la Corte IDH”, en “Comunicados de prensa” [en línea]. Washington, D. C., 4 de abril de 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2013/021.asp>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, “CIDH presenta caso sobre Panamá a la Corte IDH”, en “Comunicados de prensa” [en línea]. Washington, D. C., 4 de abril de 2013. <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2013/022.asp>>. [Consulta: 20 de febrero, 2015.]





# ÍNDICE



# Índice

<b>Presentación</b> .....	5
<b>Introducción general</b> .....	9
<b>I. Nociones básicas y recomendaciones</b> .....	13
<b>Nociones básicas sobre la igualdad y no discriminación</b> .....	15
Naturaleza de la igualdad y no discriminación .....	15
Definición de discriminación y motivos prohibidos .....	18
Tipos de discriminación .....	19
Estereotipos, prejuicios y estigmas.....	21
Obligaciones del Estado en relación con la igualdad y no discriminación .....	22
Igualdad de trato e igualdad de oportunidades .....	23
Medidas positivas o especiales .....	24
<b>Recomendaciones para legislar con perspectiva de no     discriminación y derechos humanos</b> .....	26
<i>Recomendación 1: Legislar para transversalizar         la perspectiva de no discriminación         y de derechos humanos.....</i>	27
<i>Recomendación 2: Conocer y contextualizar las         obligaciones señaladas en los instrumentos         internacionales en materia de derechos humanos .....</i>	29
<i>Recomendación 3: Utilizar datos confiables y actuales         sobre el tema para guiar la actuación legislativa en el         reconocimiento y garantía de los derechos humanos .....</i>	31
<i>Recomendación 4: Consultar a los principales actores         involucrados para guiar la actuación legislativa en el         reconocimiento y garantía de los derechos humanos .....</i>	31
<i>Recomendación 5: Las iniciativas, dictámenes y minutas         deben elaborarse con un lenguaje incluyente,         es decir, no sexista y no discriminatorio.....</i>	32
<i>Recomendación 6: La armonización del derecho interno         con los tratados internacionales no sólo se logra a través         de la repetición de términos o cambios de mera forma         en el lenguaje.....</i>	33
<i>Recomendación 7: Legislar con         perspectiva de género.....</i>	33



<i>Recomendación 8: Examen tripartito como guía para las legislaturas: legalidad de la medida, fin legítimo de la medida y proporcionalidad en sentido amplio de la medida (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) .....</i>	34
<i>Recomendación 9: Presupuesto. Asignar y aprobar presupuestos específicos para situaciones particulares de desigualdad .....</i>	36
<i>Recomendación 10: Supervisar el cumplimiento a las obligaciones internacionales en materia de derechos .....</i>	37
<i>Recomendación 11: Considerar la incorporación de medidas especiales para atajar las desigualdades como una herramienta para legislar .....</i>	38
<i>Recomendación 12: Identificar aquello que no puede considerarse como una medida especial.....</i>	39
<i>Recomendación 13: Utilizar un método de análisis para la armonización legislativa .....</i>	40

## **II. Derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas en torno a proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales .....**

<b>desarrollo y explotación de recursos naturales .....</b>	45
<b>Introducción temática.....</b>	47
La discriminación y la consulta libre, previa e informada a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas.....	55
Definiciones .....	65
<i>Pueblos y comunidades indígenas.....</i>	65
<i>Pueblos y comunidades afrodescendientes .....</i>	68
<i>Definición del término pueblos afromexicanos.....</i>	75
<b>Modelo normativo óptimo.....</b>	79
La integración normativa de las diferentes fuentes del derecho por medio de la interpretación conforme .....	79
<i>Fuentes de derecho internacional sobre el derecho a la consulta libre, previa e informada .....</i>	80
El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Comité de Derechos Humanos .....	80
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) .....	82

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial .....	83
Consideraciones sobre minorías .....	87
Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	88
Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	92
Declaración y Programa de Acción de Durban .....	94
Relatoría Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas .....	95
Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas.....	99
Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas .....	100
Sistema Interamericano de Derechos Humanos .....	101
Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.....	103
Elementos del derecho a la consulta.....	107
<i>Sujetos titulares del derecho a la consulta</i> .....	107
<i>La obligación estatal de consultar</i> .....	112
<i>Materias y actos que deben ser sometidos a consulta</i> .....	114
<i>Procedimiento de la consulta</i> .....	116
<i>Condiciones y características de la consulta previa</i> .....	121
La consulta de buena fe.....	121
La consulta previa .....	124
<i>Que la consulta se realice desde las primeras etapas de los proyectos</i> .....	126
<i>Que se establezcan procesos de consulta y no sólo de notificación a los pueblos indígenas</i> .....	128
La consulta libre .....	129
La consulta informada.....	130
Una consulta culturalmente adecuada .....	131
La consulta como medio para llegar a un acuerdo.....	134
<i>Efectos de los resultados de la consulta</i> .....	137
Derecho comparado .....	141

<i>Bolivia</i> .....	141
<i>Colombia</i> .....	145
<i>Ecuador</i> .....	148
Avances judiciales y cuasi-judiciales en México.....	149
Cuadro analítico del tema de derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanas .....	154
<b>Modelo normativo vigente</b> .....	157
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	159
Legislación nacional .....	166
<i>Leyes secundarias en materia energética</i> .....	166
Ley de Hidrocarburos .....	168
Ley de la Industria Eléctrica .....	169
Ley de Energía Geotérmica .....	170
<i>Legislación ambiental</i> .....	171
Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en materia de Áreas Naturales Protegidas .....	171
Ley General de Vida Silvestre.....	176
Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable .....	176
<i>Ley de Planeación</i> .....	178
<i>Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo     de los Pueblos Indígenas</i> .....	180
<i>Ley de Bioseguridad de Organismos     Genéticamente Modificados</i> .....	183
<i>Ley del Instituto Nacional de la Juventud</i> .....	185
Otras referencias legislativas .....	185
<i>Ley de Aguas Nacionales</i> .....	186
<i>Ley de Ciencia y Tecnología</i> .....	188
<i>Ley de Desarrollo Rural Sustentable</i> .....	189
Avances en la legislación local .....	190
<b>Diagnóstico</b> .....	193
Diagnóstico de la situación actual.....	195
<i>Acceso al derecho a la consulta</i> .....	196
<i>Sujetos del derecho a la consulta</i> .....	197
<i>Obligación y materias a consultar</i> .....	198

<i>El procedimiento de consulta</i> .....	199
<i>Efectos de la consulta</i> .....	200
<b>Propuesta legislativa</b> .....	203
La consulta libre, previa, informada y adecuada culturalmente en medidas legislativas: obligaciones de las personas legisladoras.....	203
Reforma constitucional en materia de consulta y consentimiento libre, previo e informado.....	204
Ley marco en materia de consulta a los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas .....	205
Leyes energéticas.....	206
Ley Minera.....	207
Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y leyes ambientales reglamentarias.....	208
Áreas Naturales Protegidas.....	209
Otras leyes relacionadas con proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales .....	210
<b>Bibliografía</b> .....	211

*Derecho a la consulta de los pueblos y comunidades indígenas  
y afromexicanas en torno a proyectos de desarrollo y explotación de  
recursos naturales*, tomo IX de la colección Legislar Sin Discriminación,  
se terminó de imprimir en julio de 2016 en los talleres gráficos de Impresora  
y Encuadernadora Progreso (IEPSA), S. A. de C. V., San Lorenzo 244,  
col. Paraje San Juan, del. Iztapalapa, 09830, México, D. F.

Se tiraron 2000 ejemplares.

**E**n este tomo de la colección Legislar sin Discriminación se aborda el derecho a la consulta, centrado en las obligaciones y derechos relacionados con posibles afectaciones a los derechos a la tierra, al agua, al territorio, a la cultura y a la autodeterminación derivadas de la realización de proyectos de desarrollo y explotación de recursos naturales.

El derecho a la consulta de pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas es uno de los grandes pendientes del Estado mexicano. Estas poblaciones han sido excluidas históricamente de las decisiones sobre leyes, programas, políticas públicas o grandes proyectos de inversión que las afectan por la falta de desarrollo legislativo de este derecho de participación colectiva, lo que además constituye una forma de discriminación en contra de estos grupos humanos.

El libro inicia con la exposición de los conceptos generales que nos permiten comprender el derecho a la consulta y el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos y las comunidades indígenas y afroamericanas. Asimismo se abordan las situaciones histórico-sociales que constituyen un factor de discriminación de la que han sido sujetos los pueblos y comunidades indígenas y afrodescendientes durante siglos. Posteriormente, se analizan los principales elementos que conforman el derecho a la consulta para construir un modelo normativo óptimo, a partir del estudio del derecho internacional de los derechos humanos y los estándares más altos de protección de este derecho, con base en los instrumentos internacionales en la materia y en el sistema interamericano de derechos humanos. Más adelante, se hace una revisión del modelo normativo vigente en México, a niveles federal y local, relativo al derecho en comento. Una vez que se tienen ambos modelos, se examinan comparativamente para conocer si la legislación mexicana cumple con los estándares más amplios de protección de este derecho, los cuales deberían conformar los contenidos mínimos de cualquier legislación y práctica en la materia. Finalmente, se realiza una propuesta sobre aquellas leyes que deberían ser reformadas para que, de manera conjunta o independiente con la reforma al texto constitucional, sean armonizadas con las obligaciones internacionales. Asimismo, se hace un planteamiento general sobre otras medidas que podrían ser implementadas para lograr que las reformas legales aquí presentadas se puedan realizar de manera efectiva y eficaz, con la finalidad de contribuir a que el Estado mexicano cumpla con sus obligaciones internacionales para respetar, proteger, promover y garantizar el ejercicio pleno del derecho a la consulta por parte de los pueblos y comunidades indígenas y afroamericanas.

· COLECCIÓN ·  
**LEGISLAR SIN  
DISCRIMINACIÓN**