

La consulta a debate:  
¿garantía de derechos o mecanismo de despojo?



*Raymundo Espinoza Hernández*  
*Abogado y politólogo, asesor de la ANAA*

*PAPIME PE310616*



## ¿Qué ha pasado con las consultas en México?

- ❖ El Estado mexicano ha celebrado procesos de consulta altamente cuestionados. Los elementos comunes en todos los casos incluyen la **manipulación de los procesos** y la **violación de sus principios y reglas elementales**.
- ❖ Los casos más conocidos son el de las Barrancas del Cobre en Chihuahua, el de la Tribu Yaqui en Sonora, el del Municipio de Cherán en Michoacán y el de la Soya Transgénica en la Península de Yucatán.



# ¿Cuáles son los criterios de la SCJN?

Barrancas del Cobre	Tribu Yaqui	Municipio de Cherán	Soya Transgénica
<p>Es obligación de las autoridades de los tres órdenes de gobierno impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas para fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, con la participación de las comunidades indígenas y el derecho de éstas a ser consultadas en la elaboración de los Planes de Desarrollo, Nacional, Estatal y Municipales</p>	<p>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</p>	<p>Los pueblos indígenas, como el municipio actor, tienen el derecho humano a ser consultados, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe a través de sus representantes, cada vez que se provean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente</p>	<p>El derecho a la consulta a los pueblos y comunidades indígenas es una prerrogativa fundamental cuya protección puede exigir cualquiera de sus integrantes, con independencia de que se trate o no de un representante legítimo nombrado por éstos</p>
	<p>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, cumpliendo los siguientes parámetros: previa, culturalmente adecuada a través de sus representantes o autoridades tradicionales, informada y de buena fe</p>	<p>El ejercicio de tal derecho debe respetarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias</p>	<p>Constituye una prerrogativa necesaria para salvaguardar la libre determinación de las comunidades, así como los derechos culturales y patrimoniales -ancestrales- que se les reconocen. No obstante, lo anterior no significa que deban llevarse a cabo consultas siempre que grupos indígenas se vean involucrados en alguna decisión estatal, sino sólo en aquellos casos en que la actividad del Estado pueda causar impactos significativos en su vida o entorno</p>
	<p>El deber del Estado 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</p>	<p>La legislatura local tiene el deber de prever una fase adicional en el proceso de creación de las leyes para consultar a los representantes de ese sector de la población cuando se trate de medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente</p>	<p>Se ha identificado -de forma enunciativa mas no limitativa- una serie de situaciones genéricas consideradas de impacto significativo para los grupos indígenas como: 1) la pérdida de territorios y tierra tradicional; 2) el desalojo de sus tierras; 3) el posible resentimiento; 4) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 5) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 6) la desorganización social y comunitaria, y; 7) los impactos negativos sanitarios y nutricionales, entre otros</p>
		<p>El ejercicio del derecho a la consulta no se limita a lo previsto en las leyes secundarias, pues las comunidades deben contar con tal prerrogativa también cuando se trate de procedimientos legislativos cuyo contenido versa sobre derechos de los pueblos indígenas</p>	<p>Las autoridades deben atender al caso concreto y analizar si el acto impugnado puede impactar significativamente en las condiciones de vida y entorno de los pueblos indígenas</p>
			<p>Las características específicas del procedimiento de consulta variarán necesariamente en función de la naturaleza de la medida propuesta y del impacto sobre los grupos indígenas, por lo que los jueces deberán analizar en cada caso concreto si el proceso de consulta realizado por las autoridades cumple con los estándares de ser: a) <b>previa al acto</b>, toda vez que debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, con suficiente antelación al comienzo de las actividades de ejecución; b) <b>culturalmente adecuada</b>, ya que debe respetar sus costumbres y tradiciones, considerando en todo momento los métodos tradicionales que utilizan en la toma de sus decisiones, por lo que la consulta debe llevarse a cabo a través de medios e instrumentos idóneos para las comunidades, de suerte que la falta de acceso a las tecnologías de la información no signifique un menoscabo en el ejercicio de este derecho; c) <b>informada</b>, al exigir la existencia de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto, debiendo adoptar todas las medidas necesarias para que sea comprensible, por lo que deberá ser proporcionada en las lenguas o idiomas de las comunidades o pueblos involucrados, así como con todos los elementos necesarios para su entendimiento, de manera que los tecnicismos científicos no constituyan una barrera para que las comunidades puedan emitir una opinión, y; d) <b>de buena fe</b>, ya que exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de particulares que actúen con su autorización o aquiescencia. <b>Debe efectuarse fuera de un ambiente hostil que obligue a las comunidades o pueblos indígenas a tomar una decisión viciada o precipitada</b></p>
			<p>La CDI es la autoridad competente en materia de consulta a las comunidades indígenas, sin perjuicio de la existencia de leyes especiales que faculden a otras instituciones para llevar a cabo los procedimientos de consulta respectivos, en cuyo caso deberán actuar coordinadamente con la Comisión</p>







¿Cómo entienden las autoridades el proceso de consulta?

- ❖ Los servidores públicos suelen conducirse de manera pragmática, reduciendo el proceso consultivo a un **mero trámite burocrático**, una **simple fase dentro de un proceso administrativo** más amplio, donde **el objetivo prioritario es la legitimación artificial del proyecto** de inversión, desarrollo o infraestructura en cuestión y no la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena afectada.



# ¿Cuál es la imagen pública que se ha promovido de la consulta?

- ❖ Los promotores de procesos consultivos han exagerado los alcances de la consulta, han mentido sobre sus límites y condiciones de posibilidad.
- ❖ Han logrado instalar en la opinión pública la idea de que la consulta es un *derecho fundamental* de los pueblos y comunidades indígenas a la altura incluso del derecho a la libre determinación o el derecho al territorio.
- ❖ Los fanáticos de la consulta han vuelto lugar común una serie de opiniones apresuradas y superficiales respecto de la consulta.
- ❖ Sus afirmaciones no están corroboradas por los hechos, pero tampoco se sostienen normativamente y, por tanto, son erróneas e infundadas.
- ❖ Especialistas y no, han hecho fetiche del *derecho a la consulta*.







## ¿Cuál es la naturaleza jurídica de la consulta?

- ❖ Los procesos consultivos son **mecanismos jurídico-institucionales de expresión de la voluntad colectiva de comunidades indígenas o equiparables, en ejercicio de su libertad de determinación y autonomía**, frente a proyectos de inversión, desarrollo o infraestructura con repercusiones potenciales para sus territorios y derechos fundamentales, incluso al grado de generar impactos significativos, que corren a cargo del Estado para efectos logístico-operativos, técnicos y financieros, en donde intervienen también diversas instancias públicas y privadas a partir del diseño y protocolo concreto definido por la comunidad en cuestión.



## ¿Cuál es la relación entre libre determinación y consulta?

- ❖ **El derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas es la libertad de determinación, cuyo ejercicio supone la expresión de la voluntad colectiva,** misma que se hace patente por distintos medios en razón de los diversos ámbitos de autonomía que comprende la vida comunitaria.
- ❖ La consulta es un medio para un fin, no un fin *per se*. No es un mecanismo que pueda explicarse por sí mismo o que tenga sentido propio.
- ❖ Los procesos consultivos guardan con el derecho a la libre determinación una relación de medio a fin, se trata de instrumentos para la expresión de la voluntad colectiva, pero no son su único canal de manifestación.
- ❖ **Una consulta tiene sentido en tanto sirve como medio para garantizar la manifestación auténtica de la voluntad colectiva.**



¿La consulta es un derecho o una garantía de derechos?

- ❖ La consulta no es un derecho humano ni es un derecho fundamental de las comunidades indígenas.
- ❖ **La consulta es una garantía para la protección de los derechos** de los pueblos y comunidades originarios y equiparables, especialmente de la libre determinación y la participación en la dirección de los asuntos públicos.



# ¿Espacio para la participación política o la negociación económica?

- ❖ Los procesos consultivos pueden constituirse en espacios para la negociación económica, bajo el supuesto de que los proyectos de inversión, desarrollo o infraestructura pueden generar beneficios para todas las partes.
- ❖ Asimismo, los procesos consultivos son espacios para la participación política de las comunidades indígenas, en la idea de que los resultados de una consulta pueden incidir o definir políticas públicas.
- ❖ Más allá de la distribución de beneficios y la incidencia en política públicas, **los procesos consultivos debieran ser espacios para el empoderamiento social encaminados a la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas.**



# ¿Cuál es el fundamento jurídico del proceso consultivo?

- ❖ La garantía de consulta se encuentra prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- ❖ Sin embargo, **el fundamento jurídico auténtico de la consulta es la libre determinación**, en tanto derecho fundamental de los pueblos y comunidades indígenas, así como, en general aunque de forma restrictiva, el derecho de todo ciudadano a participar en la dirección de los asuntos públicos.
- ❖ La libre determinación guarda una relación dialéctica con los distintos ámbitos particulares de la autonomía colectiva, así como con el territorio, en tanto condición espacial y práctico-material de su ejercicio.



# ¿Quién es el titular de los derechos que garantiza la consulta?

- ❖ **Los pueblos y comunidades indígenas u originarios, tribales o equiparables, son los titulares de los derechos cuya protección garantiza un proceso consultivo.**
- ❖ Las empresas y particulares inversionistas, contratistas o ejecutores de proyectos de inversión, desarrollo o infraestructura, no son titulares de los derechos garantizados por los procesos consultivos.
- ❖ El Estado o la Nación tampoco son los titulares de los derechos que se pretenden proteger a través de la garantía de consulta.



# ¿Cuáles son las obligaciones del Estado en relación con el proceso consultivo?

- ❖ **El Estado tiene la obligación de garantizar el éxito de un proceso consultivo.** Para ello, por ejemplo: (i) **debe destinar los recursos financieros, logístico-operativos y técnicos necesarios** para la celebración de la consulta; (ii) **debe velar porque durante el proceso consultivo se observen los principios y reglas** que rigen la garantía de consulta; (iii) **debe demostrar integralmente la necesidad y viabilidad del proyecto** en función de sus objetivos; (iv) **debe demostrar la idoneidad del proyecto** en relación con las necesidades concretas de las propias comunidades, los intereses nacionales y los principios constitucionales que rigen la actuación del Estado mexicano; (v) **debe reparar integralmente a las comunidades** por los daños causados con motivo del proceso consultivo.



# ¿Qué está haciendo el Estado mexicano para optimizar los procesos consultivos?

- ❖ **Las autoridades administrativas no observan *motu proprio* sus obligaciones en materia de consulta**, lo que desencadena una serie de violaciones a los derechos de las comunidades indígenas de difícil o imposible reparación.
- ❖ El promotor oficialista de las consultas, Jaime Martínez Veloz, en su cargo como titular de la Comisión para el Diálogo con los Pueblos Indígenas de México, no posee capacidad resolutive ni atribución alguna para aprobar o detener proyectos. Su única capacidad institucional es de mediación: facilitando los despojos y orientando a las comunidades para que participen en la legalización de los actos que los afectan. **El comisionado de Gobernación utiliza libremente el instrumento jurídico para aprobar la ejecución de proyectos.** Martínez Veloz es el agente de negocios del Estado mexicano encargado de lidiar con pueblos y comunidades indígenas, situación que lo dota de un halo de defensor de los derechos comunitarios, pero que, realmente, lo coloca en la posición óptima para capturar capital político, lavarse las manos y jugar siempre a ser el policía bueno. Sin embargo, ¿quién podría confiar en un funcionario público que afirma que los derechos de las comunidades indígenas están protegidos en la Ley de Hidrocarburos?
- ❖ La CNDH le ha recomendado a diversas instancias realizar las consultas debidas a pueblos y comunidades indígenas, sin embargo, **ha omitido pronunciarse sobre los derechos violados a causa de la omisión y realización indebida de la consulta.** Asimismo, **no ha recomendado medidas para la reparación del daño ni garantías de no repetición o actos de reconocimiento de responsabilidad.**



# ¿Qué ley regula las consultas?

- ❖ **En México no hay una ley general que regule los procesos consultivos**, lo que existe es un Protocolo emitido por la CDI y normas asiladas en distintos ordenamientos, así como criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación.
- ❖ Sin embargo, **el Convenio 169 debe entenderse como el ordenamiento jurídico que establece los principios y reglas de los procesos consultivos**, lo mismo que las sentencias de la CIDH y las Declaraciones orientativas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.



# ¿y los tribunales?

- ❖ **Las sentencias de la SCJN han sido deficientes**, tanto por la interpretación que le atribuyen a las normas jurídicas como por los argumentos que utilizan y los criterios que establecen.
- ❖ **Los jueces se han equivocado al limitar las garantías de los derechos de las comunidades indígenas y magnificar el poder de la consulta**, pues con sus decisiones han obstaculizado a las comunidades el acceso a la jurisdicción del Estado y negado la tutela judicial efectiva.
- ❖ Al subordinar los derechos sustantivos de las comunidades al embudo de la consulta, **además de confirmar una estructura de impunidad, el Estado incumple con su deber de administrar e impartir justicia.**
- ❖ **El derecho fundamental a la libre determinación queda completamente desprotegido** cuando una consulta sin efectos vinculantes es el único medio de defensa que se reconoce a una comunidad indígena.
- ❖ Por otro lado, ¿en qué consiste el triunfo para una comunidad a la que un tribunal le ha otorgado el amparo y la protección de la Justicia de la Unión para el efecto de celebrar una consulta, dejando vivo el acto de autoridad contrario a derechos humanos realmente reclamado en la demanda?



# ¿Qué papel juegan las empresas en el proceso consultivo?

- ❖ Las empresas promotoras, inversionistas o beneficiadas por un proyecto de inversión, desarrollo o infraestructura objeto de una consulta **están obligadas a colaborar y participar en el proceso consultivo:** (i) **deben demostrar y convencer a la comunidad sobre la idoneidad de su intervención** en el proyecto; (ii) **deben informar y aclarar a las comunidades las dudas relativas a su trayectoria empresarial y participación** en el proyecto; (iii) **deben asumir los acuerdos o decisiones que se toman** durante el proceso.



# ¿La consulta debe realizarse de oficio o a petición de parte?

- ❖ **Es obligación del Estado**, en ciertas hipótesis, **realizar una consulta y garantizar éxito**, pero eso no quiere decir que pueda imponer procesos consultivos a las comunidades.
- ❖ Salvo casos excepcionales, **el Estado no puede celebrar consultas de oficio**, forzosamente requiere que las comunidades le soliciten realizar un proceso consultivo y garantizar su éxito.
- ❖ En los supuestos en que no sea obligación del Estado realizar una consulta, entonces, puede negarse a llevarla a cabo sin responsabilidad.
- ❖ **Si las comunidades desean celebrar una consulta**, entonces, **el Estado tiene la obligación de garantizarla**.
- ❖ Si por alguna circunstancia las comunidades se encuentran imposibilitadas para expresar su voluntad por cualquier medio, entonces, el Estado debe asegurarse de que las comunidades estén en condiciones de manifestar sus determinaciones y ejercer sus derechos, lo cual podría suceder, en parte, a través de un proceso consultivo.
- ❖ **Si las comunidades no necesitan de una consulta para exteriorizar su voluntad colectiva**, entonces, **el Estado no tiene motivo para celebrar un proceso consultivo**, pues, **de hacerlo, convertiría a la consulta en una imposición arbitraria**, dejando de ser, por tanto, una garantía de los derechos comunitarios.



# ¿En qué casos los gobiernos deben realizar una consulta?

Convenio 169	Declaración de las Naciones Unidas	Declaración Americana
Cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente a los pueblos interesados	Cuando se trate de adoptar medidas eficaces para combatir los prejuicios y eliminar la discriminación y promover la tolerancia, la comprensión y las buenas relaciones entre los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad	Antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas interesados
Si pertenece al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derecho sobre otros recursos existentes en las tierras, a fin de determinar si los intereses de los 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	Cuando se trate de tomar medidas específicas para proteger a los niños indígenas contra la explotación económica y contra todo trabajo que pueda resultar peligroso o interferir en la educación del niño, o que pueda ser perjudicial para la salud o el desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social del niño, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad y la importancia de la educación para el pleno ejercicio de sus derechos	Cuando se trate de adoptar las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas.
Siempre que se considere su capacidad de enajenar las tierras o de transmitir de otra forma los derechos de los pueblos interesados sobre ellas hacia fuera de la comunidad	Antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas interesados, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado	Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo
Cuando se trate de programas especiales de formación, respecto de los estudios sobre el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de los pueblos interesados, en que deben basarse aquéllos	Antes de utilizar las tierras o territorios de los pueblos indígenas interesados para actividades militares	
Cuando se trate de establecer las norma mínimas sobre las instituciones de educación de los pueblos interesados	Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo	
Cuando se vayan adoptar medidas para enseñar a los niños a leer y escribir en su propia lengua indígena o en la lengua que más comúnmente se hable en el grupo a que pertenezcan, siempre que no sea viable hacerlo para las autoridades competentes por sí mismas	Cuando se trate de adoptar medidas eficaces para facilitar el ejercicio y garantizar la aplicación del derecho a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación, incluidas las actividades espirituales, culturales, policial, económicas y sociales, con los propios miembros de los pueblos indígenas y con otros pueblos a través de las fronteras	
	Cuando se trate de adoptar medidas apropiadas, incluidas las legislativas, para alcanzar los fines de la Declaración	



# ¿Cuáles son las características esenciales de una consulta?

Convenio 169	Declaración de las Naciones Unidas	Declaración Americana
<p>Debe realizarse <b>mediante procedimientos apropiados</b> y particularmente <b>a través de las instituciones representativas</b> de los pueblos interesados</p>	<p>Deben celebrarse <b>de buena fe, por medio de las instituciones representativas</b> de los pueblos indígenas interesados</p>	<p>Deben celebrarse <b>de buena fe</b> con los pueblos indígenas interesados <b>por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas</b> que afecten a los pueblos indígenas interesados</p>
<p>Deben efectuarse <b>de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias</b>, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas</p>	<p>Deben ser <b>eficaces, mediante procedimientos apropiados</b> y en particular <b>a través de sus instituciones representativas</b></p>	<p>Deben celebrarse <b>de buena fe por conducto de las instituciones representativas</b> de los pueblos indígenas interesados <b>antes de aprobar cualquier proyecto</b> que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo</p>
	<p>Deben celebrarse <b>de buena fe por conducto de las instituciones representativas</b> de los pueblos indígenas interesados <b>antes de aprobar cualquier proyecto</b> que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo</p>	



# ¿Qué ha dicho la Corte Interamericana?

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007)	Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012)
Es obligación del Estado consultar cuando se trate de garantizar que las restricciones impuestas respecto del derecho de propiedad sobre el territorio (tierras y recursos naturales que han poseído tradicionalmente y que son necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad de su modo de vida) no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo indígena	El reconocimiento del derecho a la consulta <b>está cimentado en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural</b> , los cuales deben ser garantizados en una sociedad pluralista, multicultural y democrática
Es obligación del Estado consultar cuando se trata de preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros de los pueblos indígenas tienen con su territorio y su subsistencia como tales	Es obligación del Estado consultar cuando se trate de garantizar la participación de los pueblos indígenas en las decisiones relativas a medidas que afecten sus derechos, y en particular su derecho a la propiedad comunal
El Estado debe asegurar la <b>participación efectiva</b> de los miembros del pueblo indígena, <b>de conformidad con sus usos y costumbres</b> , en relación con todo plan de desarrollo o inversión que se lleve a cabo dentro de su territorio	El Estado debe garantizar la consulta y participación <b>en todas las fases de planeación y desarrollo de un proyecto</b> que pueda afectar el territorio sobre el cual se asienta una comunidad, u otros derechos esenciales para su supervivencia como pueblo
El deber de consultar <b>activamente</b> a las comunidades, <b>según sus usos y costumbres</b> , requiere que el Estado acepte y brinde <b>información</b> (sobre los riesgos ambientales y de salubridad), e implica una <b>comunicación constante entre las partes</b>	Estos <b>procesos de diálogo y búsqueda de acuerdos</b> deben realizarse <b>desde las primeras etapas de la elaboración o planificación</b> de la medida propuesta, a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente <b>participar e influir en el proceso de adopción de decisiones, de conformidad con los estándares internacionales pertinentes</b>
Las consultas deben realizarse <b>de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados</b> y deben tener como fin llegar a un acuerdo	Para garantizar la participación efectiva de los integrantes de un pueblo o comunidad indígena en los planes de desarrollo e inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, <b>activamente y de manera informada</b> , con dicha comunidad, <b>según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes</b>
Las consultas deben realizarse <b>de conformidad con las tradiciones propias</b> de la comunidad, <b>en la primeras etapas del plan</b> de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad	Las consultas deben realizarse <b>de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo</b>
La consulta <b>debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo indígena para la toma de decisiones</b>	Se debe consultar con la comunidad <b>de conformidad con sus propias tradiciones, en la primeras etapas del plan</b> de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad
<b>El nivel de consulta que se requiere está en función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la comunidad en cuestión</b>	El Estado debe asegurarse de que los miembros de la comunidad tengan <b>conocimiento de los posibles beneficios y riesgos</b> , para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto
La consulta debe ser <b>previa, efectiva y plenamente informada</b> con el pueblo indígena, <b>según sus tradiciones y costumbres</b>	La consulta <b>debe tener en cuenta los métodos tradicionales de la comunidad para la toma de decisiones</b>
El Estado debe adoptar medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo indígena a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo indígena, en el caso de que se llevaran a cabo	Los <b>criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a comunidades indígenas en relación con sus derechos a la propiedad comunal y la identidad cultural</b> son: <b>carácter previo, buena fe y finalidad de llegar a un acuerdo, adecuada y accesible, estudio de impacto ambiental e informada</b>
	<b>Es deber del Estado</b> y no de los pueblos indígenas <b>demostrar efectivamente</b> , en el caso concreto, <b>que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron efectivamente garantizadas</b>
	El Estado debe consultar al pueblo indígena <b>de forma previa, adecuada, efectiva y de plena conformidad con los estándares internacionales aplicables</b> en la materia, en el eventual caso de que se pretenda realizar alguna actividad o proyecto de extracción de recursos naturales en su territorio, o plan de inversión o desarrollo de cualquier otra índole que implique potenciales afectaciones a su territorio
	El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para poner plenamente en marcha y hacer efectivo, en un plazo razonable, el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y modificar aquellas que impidan su pleno y libre ejercicio, para lo cual debe asegurar la participación de las propias comunidades



# ¿Quién define el proceso consultivo?

- ❖ **Son los pueblos y comunidades** indígenas y tribales, originarios y equiparables, afectados por un proyecto de inversión, desarrollo e infraestructura, **quienes definen los contenidos, las formas, las condiciones, los términos y los modos del proceso consultivo.**
- ❖ **El Estado no puede establecer *a priori* un Protocolo** para la celebración de la consulta, pues **se trata de un proceso que se diseña a partir de las necesidades y capacidades concretas de cada comunidad, así como en relación de los derechos puestos en juego y la magnitud y complejidad del impacto potencial.**
- ❖ **Las leyes, las disposiciones administrativa y las sentencias judiciales, en todo caso, deben establecer lineamientos generales flexibles** para la celebración de consultas.
- ❖ Las empresas beneficiadas con el proyecto y los terceros en general no pueden definir el proceso consultivo.



## ¿Quién garantiza la celebración exitosa de una consulta?

- ❖ **El Estado**, mediante las instancias públicas competentes, **es el responsable de garantizar la celebración exitosa de un proceso consultivo.**
- ❖ Una consulta **será exitosa cuando efectivamente:** (i) **sea un instrumento de expresión de la voluntad colectiva** de una comunidad indígena; (ii) **funja como medio para la protección de los derechos fundamentales** de las comunidades involucradas; (iii) **opere como mecanismo de supeditación de los intereses privados al interés público y de control de la legitimidad de los actos de autoridad;** (iv) **redunde en el empoderamiento comunitario** a través del desarrollo de una cultura jurídica popular y contribuya a la construcción de una democracia social participativa.
- ❖ Para que una consulta sea exitosa, el Estado debe respetar la autonomía, el sistema normativo y el régimen de autoridad de las comunidades.
- ❖ Los procesos consultivos no pueden ser autogestivos, pues las comunidades no pueden cargar con los costos de su celebración ni con el desgaste que ésta implica.



## ¿Anular un acto o cumplir con el debido proceso?

- ❖ Cuando los jueces resuelven juicios de amparo remitiendo la tutela de los derechos sustantivos a la celebración de una consulta, evaden la pretensión auténtica de las comunidades quejas: **la anulación de un acto de autoridad que las afecta**, lo cual se traduce en los hechos en la cancelación de un proyecto de inversión, desarrollo o infraestructura.
- ❖ Cuando las autoridades jurisdiccionales disponen la celebración de un proceso consultivo para el efecto de que, una vez realizado éste, el procedimiento administrativo continúe su curso, **la consulta queda reducida a un requisito cuya omisión dolosa en el pasado puede reponerse en el presente, dado que sólo implica una violación formal al debido proceso.**



## ¿La consulta puede servir para legitimar actos ilegales?

- ❖ **Los amparos** que se otorgan **para efectos** no atienden las demandas reales de los quejosos, más bien les niegan la justicia a la que tienen derecho. Pero, además, **suponen un entendimiento del proceso consultivo como instrumento para regularizar un acto jurídico ilegal**, puesto que se altera la naturaleza de la consulta para convertirla en un mecanismo de legitimación de un acto de autoridad viciado.
- ❖ Con la imposición de los procesos de consulta **se obliga a las comunidades indígenas afectadas a convalidar un acto que las afecta, con el que no están de acuerdo y que, encima, es ilegal.**
- ❖ Las consultas son una obligación del Estado que le ha servido a los gobiernos para legitimar acciones arbitrarias, antes o después de ser ejecutadas.



# ¿Garantía de derechos o mecanismo de despojo?

- ❖ El proceso consultivo **debiera ser un instrumento para la garantía de derechos.**
- ❖ El Poder Judicial de la Federación ha sostenido que se trata del mecanismo idóneo para tutelar diversos derechos sustantivos, haciendo a un lado, unilateral e indebidamente, los diferentes mecanismos de exigibilidad con que cuentan los pueblos y comunidades indígenas.
- ❖ En realidad, la consulta más bien **ha funcionado como un mecanismo de despojo fundado en Derecho** que opera bajo la bandera de la ideología de los derechos humanos.



## ¿Los resultados de la consulta tienen efectos vinculantes?

- ❖ **Una consulta sin efectos vinculantes carece de fuerza jurídica**, constituye un requisito de mero trámite dentro de un proceso administrativo. Si al final el servidor público puede decidir libremente sobre la continuidad del proceso o la ejecución de un proyecto de inversión, desarrollo o infraestructura, entonces, **la consulta no es más que un simulacro.**
- ❖ Para las autoridades y empresas promotoras o beneficiarias del proyecto de inversión, desarrollo o infraestructura, el resultado de un proceso consultivo favorable a sus intereses siempre será social y jurídicamente vinculante, entendiéndose como expresión de un instrumento democrático útil para generar gobernabilidad.
- ❖ Sin embargo, cuando el resultado del proceso consultivo es adverso a sus intereses, sea porque no se obtuvo el consentimiento en los supuestos en que así se requiere o bien el contenido de los acuerdos finales es el reconocimiento de la inviabilidad del proyecto en cuestión, en la mayoría de los casos, **a pesar de la decisión social, las autoridades niegan el valor jurídico del resultado o lo desestiman pasando por encima de la voluntad colectiva.**



# Consulta y consentimiento, ¿son lo mismo?

- ❖ La consulta no es lo mismo que el consentimiento. **La consulta es un instrumento que pretende garantizar la expresión auténtica de la voluntad colectiva. El consentimiento implica que la comunidad indígena apruebe la ejecución de un proyecto** de inversión, desarrollo o infraestructura que le afecta de alguna manera.
- ❖ En cambio, un proceso consultivo, en los casos en los que no se requiere del consentimiento, arriba, en el mejor de los escenarios, a un acuerdo plenamente válido entre las partes.
- ❖ Ahora bien, el acuerdo puede consistir en el reconocimiento de la naturaleza inviable del proyecto que se pretendía llevar a cabo. El problema con la consulta es que, por principio, carece de efectos vinculantes.



# ¿En qué casos se requiere del consentimiento?

Convenio 169	Declaración de las Naciones Unidas	Declaración Americana
<p>Cuando el traslado y reubicación de los pueblos interesados respecto de las tierras que ocupan se consideren necesarios</p>	<p>Ante traslados de pueblos indígenas interesados</p>	<p>En los casos en que los pueblos indígenas puedan ser privados de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (para efectos de reparación)</p>
	<p>En los casos en que los pueblos indígenas puedan ser privados de sus bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales (para efectos de reparación)</p>	<p>Cuando se adopten medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de los derechos de asociación, reunión, organización y expresión de las comunidades indígenas, su derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales, incluyendo el libre acceso y uso de los mismos, así como el derecho a transitar, mantener, desarrollar contactos, relaciones y cooperación directa, incluidas las actividades espirituales, culturales, política, económicas y sociales, con sus miembros y con otros pueblos</p>
	<p>En los casos en que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma los pueblos indígenas (para efectos de reparación)</p>	<p>Antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que afecten a los pueblos indígenas interesados</p>
	<p>Cuando se trate del almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas</p>	<p>Cuando se trate de adoptar las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas.</p>
	<p>Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo</p>	<p>Antes de aprobar cualquier proyecto que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo</p>



# Características del consentimiento

Convenio 169	Declaración de las Naciones Unidas	Declaración Americana
<p>El logro del consentimiento acerca de las medidas propuestas <b>es una de las finalidades posibles de las consultas</b> llevadas a cabo en aplicación del Convenio 169</p>	<p>Debe ser <b>libre, previo e informado</b></p>	<p>La obtención del consentimiento <b>libre, previo e informado antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas</b> que afecten a los pueblos indígenas interesados, <b>es el fin de las consultas</b></p>
<p>Debe otorgarse libremente y con pleno conocimiento de causa</p>	<p>La obtención del consentimiento <b>libre, previo e informado antes de adoptar medidas legislativas o administrativas</b> que afecten a los pueblos indígenas interesados, <b>es el fin de las consultas</b></p>	<p>La obtención del consentimiento <b>libre, previo e informado</b>, cuando se trate de adoptar las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas, <b>es el fin de las consultas</b></p>
	<p>La obtención del consentimiento <b>libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto</b> que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, <b>es el fin de las consultas</b></p>	<p>La obtención del consentimiento <b>libre e informado</b> antes de aprobar cualquier proyecto que afecte las tierras o territorios y otros recursos de los pueblos indígenas interesados, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo, <b>es el fin de las consultas</b></p>



# ¿Qué ha dicho la Corte Interamericana?

Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (28 de noviembre de 2007)	Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (27 de junio de 2012)
Es obligación del Estado obtener el consentimiento de la comunidad cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendrían mayor impacto dentro del territorio de la comunidad	
Es obligación del Estado obtener el consentimiento de la comunidad cuando se trata de planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales	
Es obligación del Estado obtener el consentimiento de la comunidad cuando se trate de planes de desarrollo e inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo indígena a gran parte de su territorio	
La obtención del <b>consentimiento libre, informado y previo</b> de la comunidad, <b>según sus costumbres y tradiciones, es necesario</b> cuando cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión de gran escala que tendrían mayor impacto dentro del territorio de la comunidad	



# ¿Existe el derecho de veto?

- ❖ Formalmente, la necesidad de obtener el consentimiento de una comunidad indígena no equivale a un derecho de veto a favor de ésta, así lo ha determinado la CIDH. Sin embargo, **nada impide que los acuerdos a los que lleguen las partes** en el marco de un proceso de consulta **consistan en la negativa del proyecto o simplemente sean insuficientes para obtener el mentado consentimiento**, en los casos en que éste sea indispensable.
- ❖ Ahora bien, si la consulta únicamente es un mecanismo para expresar la voluntad colectiva de una comunidad indígena que ejerce su derecho de libre determinación, entonces, su conclusión debe coincidir con el sentido de **la voluntad expresada mediante ella**, que **puede ser un sí o un no**.
- ❖ Restringir el objetivo de la consulta o su resultado a la consecución de un acuerdo en el que se autorice el proyecto o a la obtención del consentimiento para idéntico fin, implica coartar, indebidamente, el derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas.



# ¿Qué sucede si la consulta no se realiza?

- ❖ **El acto de autoridad resultante** del procedimiento administrativo que responde a la iniciativa de un proyecto de desarrollo **estaría viciado y podría ser anulado** por orden judicial o bien **revocado** por la propia autoridad administrativa.
- ❖ **El proceso consultivo no puede realizarse *a posteriori***, pues de ser así se violarían las características connaturales de la propia consulta.



## ¿Qué sucede si la consulta se realiza de manera indebida?

- ❖ Si las autoridades implementan un proceso consultivo sin respetar los principios y reglas que rigen su realización, entonces, **el proyecto** de inversión, desarrollo o infraestructura objeto del proceso administrativo **estará viciado y el acto de autoridad que lo autoriza podría ser anulado o revocado.**
- ❖ Una consulta precaria disminuiría las defensas de las comunidades indígenas afectadas por el proyecto y no serviría para garantizar la protección de sus derechos fundamentales, incluso podría constituirse como un mecanismo legal para legitimar el despojo y las externalidades negativas del proyecto.
- ❖ El Estado es responsable por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, **cause en los bienes o derechos de los particulares.** La responsabilidad patrimonial del Estado será objetiva y directa.



# ¿Qué tipo de violaciones supone la no celebración o realización indebida de un proceso consultivo?

- ❖ La omisión del proceso consultivo, o su realización en contra de los principios y reglas jurídicos que lo regulan, **constituyen violaciones de procedimiento insubsanables a posteriori** que trascienden a la **validez del acto de autoridad resultante del proceso administrativo**, dentro de cuyo marco debía celebrarse debidamente la consulta.
- ❖ **La violación de la garantía marca la ilegalidad del proceso administrativo y del acto de autoridad resultado de él**, al tratarse de un vicio de difícil o imposible superación, así como por atentar en contra de la libre determinación y los derechos fundamentales de la comunidad indígena, directamente la participación en la dirección de asuntos públicos e indirectamente el derecho al territorio y el resto de derechos puestos en juego.
- ❖ La transgresión del proceso consultivo en la mayor parte de los casos **deriva en violaciones de derechos también de imposible o difícil reparación.**



Ante la no celebración de una consulta o su realización indebida,  
¿es posible reponer el procedimiento?

- ❖ Una consulta forma parte de un proceso jurídico más amplio motivado por un proyecto de inversión, desarrollo o infraestructura y orientado a su ejecución. Su omisión o realización de forma indebida no implica simplemente un vicio subsanable *a posteriori* o bien un requisito prescindible sin mayor trascendencia para la validez del acto en cuestión.
- ❖ **La realización de una consulta a destiempo** a manera de reposición del procedimiento o en condiciones que contradicen los principios que rigen el proceso consultivo, **profundiza la violación de la garantía y, por consiguiente, de los derechos que ésta protege.**
- ❖ **La celebración de una consulta precaria supone vicios que impactan la validez del procedimiento y del acto de autoridad resultante, por lo que tal acto irregular debe ser anulado,** pues, al no tratarse de meras violaciones formales al debido proceso de posible reparación, el acto **no puede ser puesto en suspenso como insubsistente mientras se repone el procedimiento.**



# ¿La consulta equivale a la garantía de audiencia?

- ❖ La consulta y la audiencia son garantías para la protección de los derechos de las personas o comunidades, pero no son procesos jurídicos idénticos.
- ❖ La violación de los derechos humanos de las comunidades y de sus garantías de protección, puede reclamarse jurídicamente. Cuando se celebra un juicio con el propósito de lograr la realización de un proceso consultivo que proteja los derechos fundamentales de una comunidad indígena se deben cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, entre ellas la llamada garantía de audiencia, por lo que **consulta y audiencia son garantías heterogéneas e irreductibles**.
- ❖ **La garantía de audiencia tiene lugar cuando la autoridad emite o ejecuta actos privativos**, que son aquellos que tienen como efecto la disminución, menoscabo o supresión definitiva de un derecho. En cambio, **la garantía de consulta se requiere cuando la autoridad pretende implementar proyectos** de inversión, desarrollo o infraestructura **que puedan afectar los derechos de comunidades indígenas**.



# ¿Cómo se relaciona la consulta con la tutela judicial efectiva?

- ❖ La tutela judicial efectiva no puede confundirse con la celebración de un proceso consultivo.
- ❖ **La consulta es una garantía de protección específica de los derechos de las comunidades indígenas, en cambio, el acceso a la justicia es un derecho genérico de índole procedimental que fundamenta las garantías institucionales de protección de los derechos sustantivos de cualquier persona o colectividad.**
- ❖ Una consecuencia de la tutela judicial efectiva de la libre determinación y el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos puede ser, precisamente, la realización de una consulta.
- ❖ La totalidad de los derechos de los que son titulares las comunidades indígenas pueden ser tutelados judicialmente, pero también pueden ser protegidos a través de un proceso consultivo o mediante otros instrumentos jurídicos.
- ❖ **Cuando tiene lugar un proceso consultivo, las comunidades indígenas no agotan su derecho a acceder a la justicia ni renuncian a la tutela judicial.**
- ❖ La impartición de justicia no siempre observa el marco del debido proceso ni concluye con una tutela judicial efectiva.



## ¿La consulta es el único mecanismo de exigibilidad disponible?

- ❖ **La consulta no es el único medio a disposición de las comunidades para la defensa jurídica de la propiedad social o la reivindicación del territorio. No es el recurso idóneo ni el más efectivo para tutelar los derechos individuales y colectivos de las comunidades. Tampoco es el instrumento absoluto para la expresión de la voluntad colectiva. Mucho menos se trata de una obligación de las comunidades.**
- ❖ Para las autoridades promotoras y las empresas beneficiarias, un proceso consultivo será siempre el medio óptimo para que las comunidades exijan sus derechos.
- ❖ La defensa de los derechos de las comunidades debe ser estratégica e integral, lo que supone que no puede girar en torno a la esperanza depositada en el devenir especulativo de un solo instrumento jurídico, mucho menos si no hay un proceso social real detrás.
- ❖ Luchar en abstracto por la celebración de una consulta es un despropósito.



# Al final, ¿la consulta es una opción o una imposición?

- ❖ Las comunidades indígenas construyen una voluntad colectiva a través de sus propias prácticas informativas, deliberativas y decisorias.
- ❖ Los medios de expresión y canalización de las determinaciones de las comunidades, así como sus instrumentos de mediación e interacción sociales, sea con otras comunidades, autoridades, empresas, particulares o actores diversos, no se reducen a la consulta relativa a proyectos de inversión, desarrollo e infraestructura. **Las comunidades indígenas pueden manifestar su voluntad colectiva, con plena validez, en ejercicio de su libertad de determinación, sin necesidad de una consulta montada por el Estado.**
- ❖ La determinación libre de la comunidad debe expresarse con nitidez, pero no necesariamente a través de un proceso consultivo. **No es obligatorio para la comunidades indígenas realizar una consulta.**
- ❖ Cuando sea necesaria la celebración de una consulta, la intervención del Estado y la forma concreta en que éste intervenga en ella dependerán de la decisión de la comunidad.
- ❖ Es en este sentido que **la consulta es una opción para las comunidades indígenas,** que pueden o no recurrir a esta garantía institucional para proteger sus derechos.



# ¿Gobernabilidad o empoderamiento social?

- ❖ Los procesos consultivos **debieran servir para subordinar los múltiples intereses privados involucrados en los proyectos** de inversión, desarrollo o infraestructura **al interés público.**
- ❖ Una consulta **debiera ser un instrumento de gobierno para controlar la legitimidad de los actos de autoridad y erradicar el ejercicio arbitrario del poder público.**
- ❖ La gobernabilidad a la que debieran apuntar los procesos consultivos consiste en el **sometimiento de los poderes salvajes a los principios y reglas de una democracia constitucional**, objetivo que es compatible con el **empoderamiento social y el respeto de los derechos humanos.**
- ❖ La promoción que el Estado hace de la consulta no atiende a la necesidad de cumplir con sus obligaciones y deberes en materia de derechos humanos, simplemente se trata de aligerar los agravios y hacer más llevadero el despojo en turno.
- ❖ El proceso de consulta **instala a la oposición al proyecto en un marco de control institucional**, desde el cual la **protesta social es administrada** y en la mayor parte de los casos **reprimida y criminalizazada.**

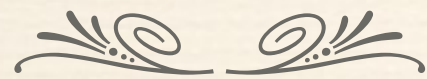


E-mail:

[opuestosbinarios@yahoo.com.mx](mailto:opuestosbinarios@yahoo.com.mx)

Twitter:

@RaydiDutschke



*Plagian web:*

[www.afectadosambientales.org](http://www.afectadosambientales.org)

*Twitter:*

@AAmbientales

