

**DERECHO A LA CONSULTA PREVIA. JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL Y SU RECONOCIMIENTO EN LA DIMENSIÓN
ADMINISTRATIVA Y LEGISLATIVA EN MÉXICO***

**RIGHT TO PRIOR CONSULTATION. CONSTITUTIONAL JURISDICTION
AND ITS RECOGNITION IN THE ADMINISTRATIVE AND LEGISLATIVE
DIMENSION IN MEXICO**

Víctor COLLÍ EK**

José Israel HERRERA***

RESUMEN. El derecho a la consulta previa en la actualidad tiene un reconocimiento en México que ha logrado consolidarse a través de la interpretación jurisprudencial de la Suprema Corte Mexicana que une los estándares internacionales y el texto constitucional. Con ello, este derecho ha evolucionado en su protección y respeto en las obligaciones para las autoridades administrativas y legislativas.

Palabras clave: Derecho a la consulta; Interpretación constitucional; Usos y Costumbres; Suprema Corte; Comunidades Indígenas.

ABSTRACT. The right to prior consultation is currently recognized in Mexico and has been consolidated through the jurisprudential interpretation of the Mexican Supreme Court that unites international standards and the constitutional context. On that order, this right has evolved in its source of recognition as in the obligations for administrative and legislative authorities.

* Ambos autores son investigadores del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de Campeche. Son miembros del Cuerpo Académico Derechos Humanos y Problemas Constitucionales UNACAM-CA-55 del que el primero es el líder y responsable del proyecto de investigación: "La Suprema Corte y la defensa de los derechos humanos en el nuevo paradigma jurisprudencial en México. Doctrina constitucional en serio" financiado por el PRODEP-SEP y del cual el presente estudio es un producto, realizado en el marco de la estancia de investigación en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en Madrid, España, durante noviembre-diciembre de 2017 y en la College of Law, Georgia State University en enero de 2018.

** Doctor en Derecho. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. Para contacto: vimcolli@uacam.mx/ www.victorcolliiek.com

*** Doctor en Derecho, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel 1. Email de contacto: jiherrer@uacam.mx

Keywords: Right to prior consultation; constitutional interpretation; indigenous peoples; customs and cultures; Supreme Court.

I. Introducción.

El derecho a la Consulta Previa se encuentra en esa dinámica de desenvolvimiento en el que están los derechos humanos en México desde la entrada en vigor de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011 y el inicio de la nueva época o nuevo paradigma de su defensa en nuestro país¹.

En tal sentido, en su análisis podemos observar cómo en los recientes años hemos pasado de una visión restrictiva del mismo a una más aglutinadora que está cambiando su disfrute desde diversos ángulos y obligando a diversas autoridades a su respeto, esto especialmente a través de diversas decisiones tomadas en sede jurisdiccional por medio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En este estudio, se muestran estos cambios en dos direcciones. En la primera, se expone el reconocimiento internacional del derecho y cómo este ha tenido un impacto en la dimensión administrativa de las autoridades del Estado mexicano. En la segunda, se presenta el respeto del derecho en una dimensión legislativa, a partir de la evolución de la interpretación del Pleno de la Suprema Corte mexicana al resolver sobre los contenidos de la Constitución y su relación con los estándares internacionales ya mencionados.

II. Estándares internacionales y dimensión administrativa.

1. Reconocimiento y respeto internacional.

El derecho a la Consulta Previa se encuentra establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –OIT-, de forma directa en los artículos 6, fracción 1 y 1 a),

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.

¹ Cfr. Collí Ek, Víctor Manuel, "De la Supremacía literal de la Constitución a la material en el nuevo paradigma jurisprudencial de defensa de derechos humanos en México", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XXI*, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 151-174. Consultable en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_43166-1522-4-30.pdf?151109172731 Todas las páginas web del presente estudio han sido consultadas para su validación el 18 de marzo de 2018.

De esta forma se observa que el Convenio 169 otorga responsabilidades a los gobiernos para desarrollar (con la libre participación de los pueblos) acciones y organismos administrativos que protejan sus derechos, sus instituciones, sus bienes, su trabajo, su cultura y su medio ambiente. Además, plantea el derecho de los pueblos indígenas a decidir cuáles son sus intereses y controlar el proceso de desarrollo económico, social y cultural.

Asimismo, en años recientes el ejercicio del derecho a la consulta previa se ha ido colocando como una herramienta cuyo uso es cada vez más extendido. Se trata de un derecho que se utiliza para dialogar sobre cuestiones como el proceso de construcción de infraestructura energética, pasando por la consulta de opiniones para planes nacionales de desarrollo hasta la generación e implementación de políticas públicas estatales del ámbito educativo en México.²

Igualmente, en relación con las formas y modalidades de las obligaciones establecidas en el Convenio y por tanto aplicable al derecho a la consulta previa, en el artículo 6, fracción 1 b) y 1 c) se indica que:

- 1 b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;
- 1 c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.³

Posteriormente el Convenio 169, desarrolla la Consulta Previa presentando supuestos, imponiendo obligaciones, así como condiciones para que se lleve a cabo.

2. Titularidad y obligatoriedad en México en el ámbito administrativo.

Ahora bien, la construcción del derecho a la consulta previa plantea un grupo de preguntas, tanto por la forma en la que se ha definido, como por la actualización de los supuestos bajo los cuales procede. Sin embargo, queda en suspenso la resolución de una pregunta en especial, aquella por la participación que este derecho conlleva ¿quién tiene el derecho a

² Herrera, José Israel Herrera, José Israel, "El derecho a la consulta previa: elementos para su construcción en el sistema jurídico mexicano", *DeJure*, 2017, pp. 37-62.

³ Organización Internacional del Trabajo, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales, disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf.

COLLÍ EK, Víctor, HERRERA, José Israel. "Derecho a la Consulta Previa. Jurisdicción constitucional y su reconocimiento en la dimensión administrativa y legislativa en México", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 6, núm. 11, ISSN 2007-6045. Pp. 33-47.

In Jure  Anáhuac
MAYAB

participar en la consulta previa? ¿qué requisitos se necesitan para participar? ¿cómo me constituyo en grupo para participar? Y el ¿cómo el Estado mexicano genera el reconocimiento de estos grupos en el ámbito administrativo?

Los usuarios de la consulta previa han sido relacionados con los pueblos indígenas y tribales debido a que el Convenio 169 de la OIT les ubica de tal forma. Lo anterior se confirma cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha expedido jurisprudencia en la que señala a la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), como la autoridad encargada de la aplicación de la Consulta Previa. En el 2016 emitió la Tesis "Pueblos y comunidades indígenas. Derecho a ser consultados. Requisitos esenciales para su cumplimiento" (SCJN) que señala:

La Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas es la autoridad competente en materia de consulta a las comunidades indígenas, en virtud de que las fracciones I, III, IV y IX a XI del artículo 2o. y la fracción VI del artículo 3o., ambos de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, le otorgan diversas facultades en materia de garantía, promoción y protección de derechos indígenas. En ese sentido, puede advertirse que dicha Comisión tiene amplias facultades para consultar a los pueblos y comunidades indígenas respecto de aquellos proyectos que puedan impactar significativamente en sus condiciones de vida y su entorno; por tanto, es la autoridad competente para llevar a cabo la consulta a las comunidades involucradas respecto de aquellos proyectos implementados por la administración pública federal y las entidades federativas que puedan causarles un impacto significativo. Lo anterior, sin perjuicio de la existencia de leyes especiales que faculten a otras instituciones para llevar a cabo los procedimientos de consulta respectivos, en cuyo caso, deberán actuar coordinadamente con la Comisión aludida.

Consecuentemente, esta institución, la CDI, expidió en el año de 2013 un "Protocolo para la implementación de consultas a pueblos y comunidades indígenas de conformidad con estándares del citado Convenio 169 de la OIT.

En este documento se establecen "los procedimientos metodológicos y técnicos para que los pueblos y las comunidades indígenas sean consultados a través de sus instituciones y agentes representativos en la formulación, aplicación y evaluación de planes, programas,

proyectos y acciones gubernamentales, que inciden en sus derechos y en su desarrollo.⁴

Como podemos ver este instrumento posee los elementos metodológicos para generar una consulta a la población indígena por la autoridad federal administrativa.

De esta forma, se puede observar con claridad, cómo desde la sede jurisprudencial, se definió quién es la autoridad administrativa para el desarrollo de las consultas previas que sean pertinentes, y esta autoridad dando aplicación al mandato jurisprudencial, se ha encargado de desarrollar los estándares bajo los cuáles se puede presumir el respeto correcto de dicho derecho.

III. Interpretación constitucional y dimensión legislativa

Si en el ámbito de la actividad de las autoridades administrativas la SCJN, como analizamos líneas arriba, ha dado pauta para el desarrollo y acatamiento del derecho a la consulta previa, otra esfera de autoridades que se han visto modificadas en su actuación son las legislativas –especialmente los Congresos de las entidades federativas-, por decisión jurisprudencial del Pleno del máximo tribunal. Ello como corolario de la adopción de los estándares internacionales normativos ya analizados.

El desarrollo de estas nuevas obligaciones para las autoridades legislativas –entendiendo que las autoridades legislativas tienen como función principal crear o modificar leyes y en ese sentido, ¿cuál es su obligación cuando afectan a los pueblos o comunidades indígenas?- se encuentra definido en la decisión de cuatro asuntos que a lo largo de 3 años han cambiado el entendido de ese derecho en nuestro país, pasando de su negación, al reconocimiento, posterior definición y expansión de las responsabilidades para su plena satisfacción.

1. Santa Catarina Lachatao. La negación del derecho a la consulta

En este asunto⁵ se estudió una reforma constitucional en el Estado de Oaxaca que establecía el plebiscito, el referéndum y la revocación de mandato, como formas de participación ciudadana distinta a la Asamblea General de Ciudadanos, que el municipio promotor del asunto poseía -y que califica de institución añeja y de eficacia probada-. Esta Asamblea como indicaría el municipio, no es una forma de participación directa en la toma de decisiones, ni en los asuntos

⁴ Comisión 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*, México, 2013, p. 6.

⁵ Controversia Constitucional 63/2011. Ponente Min. José Fernando Franco González Salas. Resuelta el 16 de octubre de 2012. Consultable en la página web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129006>

del ámbito interno del municipio, ni en los de orden público como la elección de sus autoridades –en ese sentido no intervienen partidos políticos-.

Por esos motivos, la reforma constitucional local al imponer una dinámica diversa con tres medios de democracia directa, argumentaban que estaba afectando los derechos de las comunidades indígenas, determinación que no les había sido consultada.

Es importante indicar en este momento que la Corte decidió finalmente que las modificaciones no representaban afectaciones a los derechos, usos y costumbres de las comunidades indígenas de esos municipios, porque no significaban cambios a sus formas de participación directa en la toma de decisiones, sobre la elección de la Autoridad del municipio, ni ningún otra regida por el sistema de usos y costumbres.

Pero, si bien en la decisión final transformada en sentencia no se aprecia la discusión del derecho a la consulta, donde fue aminorado a partir de que en las sesiones públicas de la SCJN se dijo que debía retomarse el caso en blanco y negro para hacer una nueva argumentación, sí se puede observar en las sesiones previas a este momento de decisión “blanco y negro” que se trató de un asunto donde se discutió profundamente tal derecho y las aristas que incluía.

Por ejemplo, en la intervención inicial de la Ministra Margarita Luna Ramos quien se encargaría de presentar el proyecto, subraya que el mismo declaraba infundado el hecho de que se debiera llamar a los pueblos indígenas para consultarles si están de acuerdo o no con una reforma con contenido indígena o injerencia al contenido indígena.

En ese sentido, conocido los días 11, 15 y 16 de octubre de 2012, el Pleno de la Corte debía definir si la reforma constitucional oaxaqueña afectaba a los derechos indígenas, a través de su derecho a ser consultados de decisiones que modifiquen sus usos y costumbres, al instituirse mediante dicha reforma el sistema de participación ciudadana que ya hemos comentado.

Al tenor de las discusiones, para valorar esta posible afectación, había dos normas de referencia, la Constitución mexicana y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

El problema radicaba en que cada norma ofrecía un criterio diverso del reconocimiento del derecho y las obligaciones que incluía.

La Constitución mexicana tiene lo que la Corte llamó “normas prohibitivas o que establezcan excepciones” –en otras palabras, “Restricciones Constitucionales”, porque la consulta sólo es obligatoria –de acuerdo con su artículo 2º- cuando se trata de “la elaboración del

Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen", que no era el caso.

El Convenio 169 de la OIT, por su parte posee una cláusula abierta, que obliga a la consulta en cualquier caso de afectación, a usos y costumbres⁶, incluyendo modificaciones legislativas.

La propuesta del proyecto y de la ministra presentadora era en el sentido de superponer el texto constitucional al tratado internacional, aunque en el último encontráramos un estándar de mayor protección.

Esto sería posible debido a dos interpretaciones que había realizado la Segunda Sala de la Corte. La primera sostenía la Supremacía constitucional, relegando a los Tratados Internacionales a un segundo plano, porque el reconocimiento de Derechos Humanos en Tratados: "en modo alguno controvierte el principio de Supremacía constitucional"⁷. La segunda, inhibía la aplicación del principio Pro Persona⁸, cuando se trate de "clausulas restrictivas o que establezcan excepciones", como estaba sucediendo en el caso concreto.

Para sustentar su posición, la ministra Luna al definir su postura en la sesión del 16 de octubre, vuelve a hacer referencia a que el Constituyente mexicano decidió restringir el derecho a la consulta y aboga por una interpretación que indicaba que el 169 de la OIT debía ser "flexibilizado"⁹ por los países.

En este asunto, como se puede ver, se abordó la discusión en torno a las restricciones constitucionales y la relación entre derecho a la consulta en la Constitución mexicana y en los tratados internacionales, pero a pesar de que ésto se haría al nivel de las discusiones en el Pleno, en la sentencia final se desvanece esta importante discusión, salvo el voto concurrente del Ministro Aguirre Anguiano, quien mantiene la postura de que bajo el principio de Supremacía constitucional, debe atenderse al texto constitucional, máxime si se trata de una restricción deliberadamente colocada por el Poder Revisor de la Constitución.

Este fue el primer asunto donde la Corte mexicana, el Pleno como máxima autoridad jurisdiccional de nuestro país, abordó el derecho a la consulta como obligación en las actuaciones

⁶ Collí Ek, Víctor Manuel, *Op. Cit.*

⁷ "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO." 2a. LXXV/2012 (10a.) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3, P. 2038

⁸ "PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011." 2a. (10ª.) LXXXII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XIV, noviembre 2012, Tomo 2, P. 1587

⁹ SCJN, Versiones Taquigráficas, 16 de octubre de 2012, p. 13.

de las autoridades legislativas al generar cambios normativos que potencialmente afectaren usos y costumbres, pero finalmente, al retomar en "blanco y negro" el proyecto, decidió ahondar en ello y resolver el caso por otra vía menos conflictiva por el momento.

Esto nos lleva al segundo caso que el Pleno conocería, en donde ya habría una referencia clara al derecho a la consulta previa.

2. La emergencia del derecho a la consulta. Caso Cherán.

En este asunto¹⁰ se analizaría igualmente una reforma constitucional en el Estado de Michoacán que proponía la elección de autoridades de comunidades indígenas a través de usos y costumbres, pero que la misma no fue consultada a los municipios que pudieren estar afectados.

Esta es la segunda ocasión donde el Pleno de la Corte, después de hacer negatorio el derecho en una discusión que básicamente superponía el texto restrictivo constitucional a los estándares internacionales –el caso Santa Catarina-, se hizo una primera interpretación más extensiva del marco constitucional e internacional en conjunto, lo que la Corte denomina "parámetro de control de regularidad constitucional"¹¹, para dar cabida el derecho a la consulta.

En el análisis de las sesiones del Pleno, vemos la siguiente afirmación de la Ministra Ponente:

Recordarán ustedes que este asunto se había presentado hace algún tiempo con un proyecto en el que se venía proponiendo que, conforme a lo establecido en el artículo 2º, fracción IX, apartado B, –si no mal recuerdo– de la Constitución, la idea era que los pueblos indígenas, si bien tienen derecho a que se lleven a cabo determinadas situaciones previstas en el artículo 2º constitucional, lo cierto es que cuando se refería a consultas de los pueblos indígenas, la fracción IX del artículo 2º nos decía: "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". El primer proyecto que presentamos iba enfocado al análisis justamente de esta fracción

¹⁰ Controversia Constitucional 32/2012. Ponente, Min. Margarita Luna Ramos. Sesionada los días 26, 27 y 29 de mayo de 2014. Diez votos. Efectos únicamente al Municipio que intervino en el caso. Se analizaba una reforma constitucional de Michoacán de 2012 y los artículos 2º de la CPEUM y 6º del Convenio 169 de la OIT. Consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>

¹¹ Definido en la Contradicción de Tesis 293/2011. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Sentencia del día 3 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=41356&Clase=VotosDetalleBL>

exclusivamente del artículo 2º constitucional; sin embargo, recordarán también, que muy cercano a la discusión de ese primer proyecto, se resolvió y se discutió en este Pleno la contradicción de tesis 293/2011, en la que se le reconocía a los tratados internacionales igualdad con la Constitución¹²

Así la Ministra ponente, primero renuente, ahora reconoció un nuevo *statu quo*, al derecho a la consulta, lo cual generará su entendido nuevo y más efectivo.

Siguiendo el análisis de las sesiones, la ministra ponente Luna Ramos afirmaría: "reconociéndolos como municipio, pero en su calidad de representantes designados a través de sus usos y costumbres"¹³ la reforma constitucional de Michoacán que potencialmente les afecta esos usos y costumbres, debió de realizar esa consulta¹⁴, lo que no sucedió, por lo que se viola el Convenio 169 de la OIT¹⁵.

Este cambio de discurso en las sesiones por supuesto supondrá un cambio de argumentación en la sentencia devenida de ellas. En la sentencia se analizó con unos ojos diferentes al caso anterior el texto del artículo 2º constitucional, la exposición de motivos de la reforma constitucional, las propuestas de los Acuerdos de San Andrés Larráinzar, el Convenio 169 de la OIT, ahora llegándose a la conclusión de que el Constituyente Permanente si bien no instruyó expresamente la obligación para los órganos que intervienen en los procesos legislativos para que previamente a la aprobación y promulgación de leyes, se consulte a los pueblos indígenas, sin embargo al tomar el Convenio 169 como una norma internacional adoptada en el sistema constitucional mexicano, se dijo que se debía reconocer el derecho a la consulta, mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente.

De ahí la obligación de consultar que se complementó como derecho plenamente reconocido, en la interrelación del artículo 1º constitucional que justamente introduce en un mismo plano los derechos humanos en la Constitución y aquellos en tratados internacionales.

En ese sentido, se reconoció la existencia del derecho a la consulta en diversos ordenamientos legislativos secundarios para la actuación de las autoridades administrativas, como la Ley de Planeación, Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas o la

¹² SCJN, Versiones Taquigráficas, 26 de mayo de 2014, p. 4

¹³ SCJN, Versiones Taquigráficas, 27 de mayo de 2014, p. 9.

¹⁴ El ministro Valls se adhiere a esta postura: "yo deduzco que sí existe un derecho a la consulta previa en los procesos legislativos que atañen a las comunidades indígenas, el cual en el caso que analizamos no se respetó", *Ibid.*, p. 16.

¹⁵ *Ibid.*, p. 9.

COLLÍ EK, Víctor, HERRERA, José Israel. "Derecho a la Consulta Previa. Jurisdicción constitucional y su reconocimiento en la dimensión administrativa y legislativa en México", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 6, núm. 11, ISSN 2007-6045. Pp. 33-47.

Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas -tema que fue abordado en la primera parte del presente estudio- y además subrayó la Corte la necesidad de expandir el derecho a los procesos legislativos.

Por tal motivo, se determinó la obligación a una consulta previa, libre e informada por parte del Poder Legislativo local ante la reforma constitucional potencialmente lesionadora.

3. Consolidación del Derecho a la Consulta. Caso partidos políticos¹⁶

En este asunto se analizaron reformas a la Ley de Instituciones y Procedimientos Electorales del Estado de Oaxaca y la creación de la Ley de Sistemas Electorales Indígenas para el Estado de Oaxaca, ambos cambios en 2015. Este nuevo marco normativo pretendía generar disposiciones e instituciones cuyo objetivo era proteger los derechos de los grupos indígenas relacionados con aspectos electorales, pero en su proceso de discusión legislativa no se pudo observar que los grupos indígenas hubieran sido consultados.

Para resolver el asunto, la Corte trajo a la atención la interpretación de la decisión Cherán, aunque hay un cambio más profundo en la argumentación.

En este caso la Corte hizo una interpretación enfática en los contenidos de la propia Constitución mexicana –y no tanto basada en el 169 de la OIT como en el asunto Cherán-, al afirmar que el derecho a la consulta “puede válidamente desprenderse del propio texto del artículo 2º¹⁷ y esto lo hizo, primeramente, al realizarse una interpretación sistemática del derecho a la autodeterminación, a la preservación de su cultura e identidad, al acceso a la justicia y a la igualdad y no discriminación.

Por otro lado, seguiría afirmando la Corte, el derecho igualmente se desprende de la obligación de la Federación, Estados y Municipios de eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecer las instituciones y políticas necesarias a fin de garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deben ser diseñadas y operadas juntamente con ellos.

Como se puede ver, si en el caso anterior se reconoció el derecho a la consulta devenido de una lectura que sustraía la esencia del derecho a la consulta del Pacto 169 de la OIT, en este, la Corte domestica el derecho, lo concluye de la Constitución mexicana misma, pero ahí no queda, además hace un desdoblamiento de sus características, un avance fundamental.

¹⁶ Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas. Resueltas el 19 de octubre de 2015. Ponente Min. Jorge Mario Pardo Rebolledo. Consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=186947>

¹⁷ *Ibid.*, p. 88.

Primeramente se instituye a la consulta como aquella que debe ser mediante procedimientos culturalmente adecuados, informados y de buena fe con la finalidad de llegar a un acuerdo a través de sus representantes, cada vez que se prevean medidas legislativas susceptibles de afectarles directamente, y –otro elemento interesante de la decisión es la adopción de los criterios interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁸ para significar que- en particular sus características deberán ser:

La consulta debe ser previa. Debe realizarse durante las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión o de la concesión extractiva y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad.

La consulta debe ser culturalmente adecuada. El deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta, sus métodos tradicionales para la toma de decisiones. Lo anterior, exige que la representación de los pueblos sea definida de conformidad con sus propias tradiciones.

La consulta informada. Los procesos de otorgamiento exigen la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto a las comunidades consultadas, antes de y durante la consulta. Debe buscarse que 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, de forma voluntaria.

La consulta debe ser de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo. Se debe garantizar, a través de procedimientos claros de consulta, que se obtenga su consentimiento previo, libre e informado para la consecución de dichos proyectos. La obligación del Estado es asegurar que todo proyecto en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con vistas a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios.¹⁹

Finalmente reitera lo indicado en el caso Cherán, que este derecho debe ir más allá de las leyes especiales donde se ha reconocido –hipótesis que se refiere a lo estudiado en la primera

¹⁸ En este caso de los asuntos Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador de 27 de junio de 2012 y Doce clanes de Saramaka vs. Surinam. Al igual aplicaría el Amparo en Revisión 631/2012 de la Primera Sala de la Corte.

¹⁹ Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas, op. cit., pp. 89-90.

parte de este análisis- y debe darse en todo procedimiento legislativo –hipótesis de esta segunda parte- donde el resultado pueda afectarles.

4. Modificación a los procesos legislativos. Caso Eloxochitlán de Flores Magón²⁰.

En este asunto se estudió, en lo que nos interesa, si la reforma a la Ley Orgánica Municipal del Estado de Oaxaca –modificación al 65 Bis que es una norma que se dirige al órgano máximo de los municipios que se rige por los sistemas normativos de su comunidad, en este caso, la Asamblea General Comunitaria, quien elige a las autoridades indígenas- afecta, diría la Corte, “el derecho a la consulta de los municipios con población predominantemente indígena”.

En él la Corte afirmaría que el Congreso local, ante la posible afectación a las comunidades y pueblos indígenas del Estado por la modificación legal, debía efectuar tal consulta, lo que en el caso no se realizó. Esto llevó a la Corte a afirmar que el derecho a la consulta había sido efectivamente afectado.

Para lo anterior se refirió a lo resuelto en la Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 “Caso Partidos Políticos” y afirmó con más claridad una nueva configuración para los procesos legislativos cuando se trate de esos temas, ya que encontramos en la sentencia:

“Así, las legislaturas locales tienen 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”²¹

En el caso concreto al introducir la Asamblea General Comunitaria para decidir sobre la terminación anticipada del periodo de los ayuntamientos que se rigen por sus sistemas normativos, y al no haberse realizado la consulta, la modificación debía declararse inválida.

IV. Conclusiones

En un corto periodo de tiempo en México el máximo tribunal del país ha evolucionado de una negación del derecho a la consulta basada en una visión constitucional supremacista, al ahora un reconocimiento más desarrollado del derecho que pasó por varias etapas:

Primera, la validación del Convenio 169 de la OIT.

²⁰ Controversia Constitucional 60/2015 y sus acumuladas. Ponente Min. Margarita Luna Ramos. Resuelta el 26 de mayo de 2016. Consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=188237>

²¹ *Ibid.*, engrose, p. 68.

En las siguientes etapas el papel de la interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional ha sido indispensable para el desenvolvimiento del derecho.

Segunda, el reconocimiento de la obligación de las autoridades administrativas para que en el desarrollo de sus funciones velen por el respeto del derecho. A lo cual la CDI desarrollaría normatividad más puntual para futuros casos de actuación.

Tercera. Se dio el reconocimiento para las autoridades legislativas, del respeto a la consulta previa en diversos momentos. El caso Santa Catarina, donde se analizó el derecho en sesiones, pero se omitió en la sentencia. El caso Cherán, donde se hizo el primer reconocimiento, aunque limitado del derecho. El caso Partidos Políticos donde se abonó al desarrollo del derecho extrayendo su respeto del contenido constitucional a la parte del convenio internacional y se desarrollaron sus características. Finalmente, el caso Eloxitlán de Flores Magón, donde se definió mucho más puntualmente el derecho y la obligación de las autoridades legislativas de su respeto, cuando se trate de modificaciones que puedan afectar de manera directa los usos y costumbres de las comunidades indígenas.

La intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en su función de Corte Constitucional en nuestro país, ha logrado un proceso de desenvolvimiento y transformación del derecho a la consulta, que provoca la implementación de políticas públicas por parte de las autoridades administrativas, la invalidación de normas jurídicas emitidas en sede legislativa que estuvieren afectando usos y costumbres de comunidades y pueblos indígenas, al igual que una función instructora de esas autoridades, que poco a poco con tal jurisprudencia modifican conductas.

V. Fuentes de Investigación

COLLÍ EK, Víctor Manuel, "De la Supremacía literal de la Constitución al material en el nuevo paradigma jurisprudencial de defensa de derechos humanos en México", Colombia, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano XXI*, Konrad Adenauer Stiftung, 2015, pp. 151-174. Consultable en: http://www.kas.de/wf/doc/kas_43166-1522-4-30.pdf?151109172731

Comisión 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*. México, 2013, pp. 22 – 44.

COLLÍ EK, Víctor, HERRERA, José Israel. "Derecho a la Consulta Previa. Jurisdicción constitucional y su reconocimiento en la dimensión administrativa y legislativa en México", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 6, núm. 11, ISSN 2007-6045. Pp. 33-47.

In Jure  Anáhuac
MAYAB

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)*, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Fecha de consulta: 18 de marzo de 2018.

DE LA PEÑA, Guillermo, "¿A New Mexican Nationalism? Indigenous Rights, Constitutional Reform and the Conflicting Meanings of Multiculturalism", *Nations and Nationalism*, vol. 12, 2006, pp. 287.

HERRERA, José Israel, "El derecho a la consulta previa: elementos para su construcción en el sistema jurídico mexicano", *DeJure*, 2017, pp. 37-62.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, "PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS. DERECHO A SER CONSULTADOS. REQUISITOS ESENCIALES PARA SU CUMPLIMIENTO" Décima Época. Instancia Segunda Sala. Fuente: *Seminario Judicial de la Federación*, t. II, junio de 2016. Tesis: 2a. XXIX/2016, página 1212, registro digital, 2011956, Tesis.

_____ Controversia Constitucional 63/2011. Ministro ponente José Fernando Franco González Salas. Sentencia de 16 de octubre de 2012. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129006>

_____ "SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO." Décima Época, Instancia Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, t. III, octubre de 2012. Tesis LXXV/2012, página: 2038, registro digital 2002065, Tesis.

_____ "PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011." Décima Época, Instancia Segunda Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*, tomo. II, noviembre 2012. Tesis LXXXII/2012, página 1587, registro digital 2002179.

_____ Controversia Constitucional 32/2012. Ministro ponente Margarita Luna Ramos. Sentencia del día 29 de mayo de 2014. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=138752>

COLLÍ EK, Víctor, HERRERA, José Israel. "Derecho a la Consulta Previa. Jurisdicción constitucional y su reconocimiento en la dimensión administrativa y legislativa en México", *Revista In Jure Anáhuac Mayab* [<http://anahuacmayab.mx/injure>], 2017, año 6, núm. 11, ISSN 2007-6045. Pp. 33-47.

In Jure  Anáhuac
MAYAB

_____ *Acción de Inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas*. Ministro Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo. Sentencia del día 19 de octubre de 2015. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=186947>

_____ *Controversia Constitucional 60/2015 y sus acumuladas*. Ministro ponente Margarita Luna Ramos. Sentencia del día 26 de mayo de 2016. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=188237>

_____ *Contradicción de Tesis 293/2011*. Ministro Ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Sentencia del día 3 de septiembre de 2013. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=41356&Clase=VotosDetalleBL>

_____ *Versiones Taquigráficas de las sesiones públicas del Pleno: 16 de octubre de 2012; 26 y 27 de mayo de 2014*. Consultable en: <https://www.scjn.gob.mx/multimedia/versiones-taquigraficas>

Recepción: 6 de diciembre de 2017.

Aceptación: 6 de marzo de 2018.